سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

دراسة مقارنة

إعداد

هند أحمد موسى أبو مراد

عميد كلية الدراسات العليا

المشرف

الدكتور علي خطار شطناوي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير

القانون

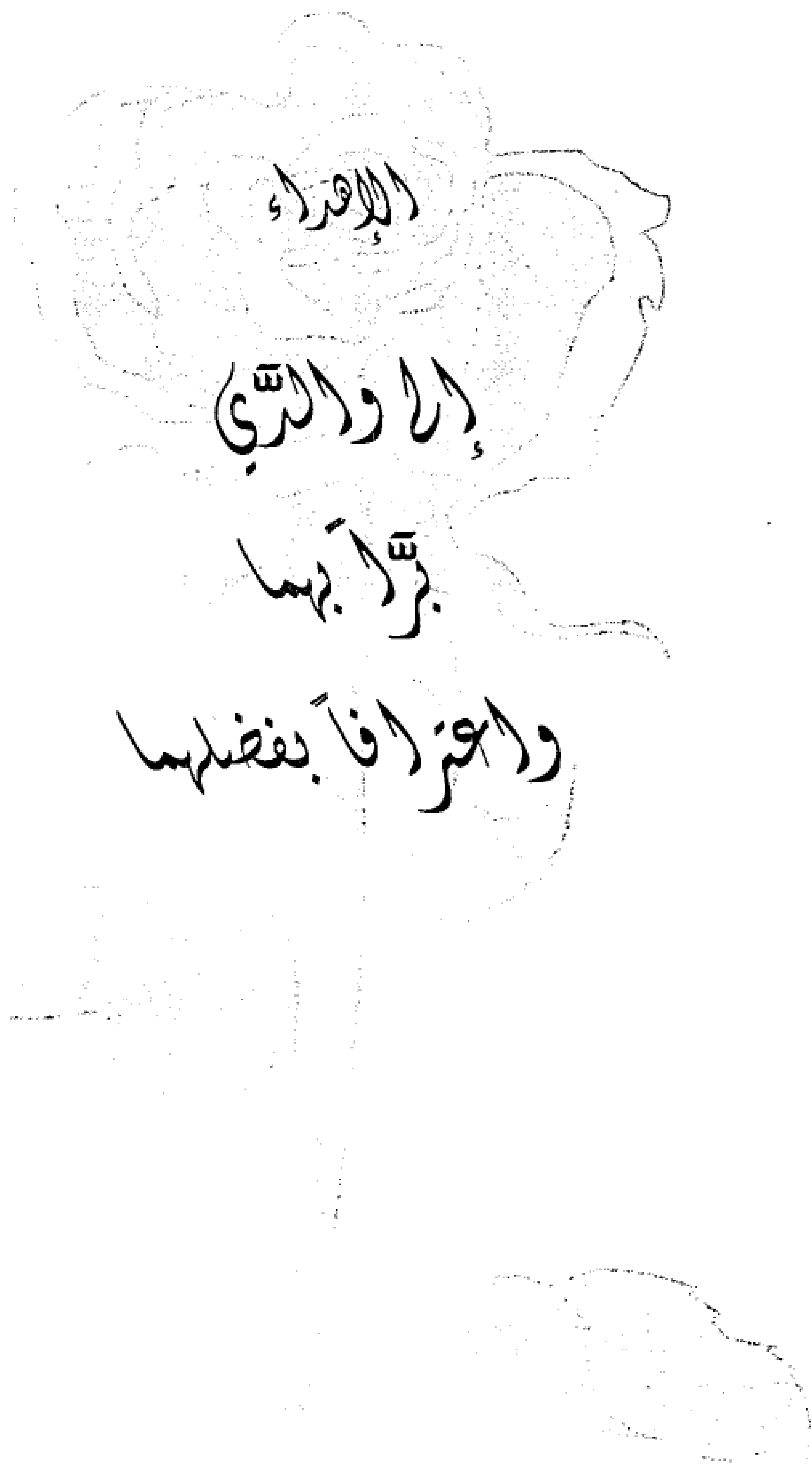
كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

نيسان ١٩٩٩

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ ١٨/٤/١٩٩٩

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الدكتور علي خطار شطناوي / رئيسا أستاذ مشارك القانون الإداري	....
الدكتور بشار عبد الهادي / عضوا أستاذ مشارك القانون الإداري	....
الدكتور نواف كنعان / عضوا أستاذ مشارك القانون الإداري	....
الدكتور مصلح الصرايرة / عضوا أستاذ القانون الإداري /جامعة مؤتة	....



الإهداء

إلى والديّ

برّاً بهما

واعترافاً بفضلهما

الشكر

بعد حمد الله وشكره، أرى لزاماً علي، أن أتقدم بالشكر والاعتراف بالفضل لأستاذي الدكتور/ علي خطار شطناوي، المشرف على هذه الرسالة، الذي لم يبخل علي لحظة واحدة بعلمه ووقته وجهده.

كما أتقدم بالشكر والتقدير للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لما بذلوه من جهد كبير من أجل تقويم هذه الرسالة وتطويرها.

ولا يفوتني أن أتقدم بشكري العميق لكل من ساهم، ولو بكلمة، على إخراج هذه الرسالة بالصورة التي عليها، سواء بالطباعة، أو المتابعة، أو بالترتيب، أو بمجرد الصبر علي وأحبائي طيلة فترة الكتابة، فلهم جميعاً مني كل الشكر والتقدير.

المحتويات

ملخص

سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

(دراسة مقارنة)

إعداد

هند أحمد موسى أبو مراد

المشرف

الدكتور علي خطار شطناوي

تناولت هذه الدراسة موضوع سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، باعتبار هذه السلطة من أهم السمات المميزة بالعقود الإدارية مقارنة بعقود القانون الخاص، وباعتبارها أحد الشروط الاستثنائية غير المألوفة في نطاق القانون الخاص .

إن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تسود النظام القانوني الخاص لا تسري على العقود الإدارية ، فإذا كانت إرادة أحد المتعاقدين غير كافية وحدها لإنهاء العقد في القانون الخاص، بل لابد من اتفاق الطرفين ، فإن النظام القانوني للعقود الإدارية يعطي الإدارة وبإرادتها المنفردة سلطة إنهاء العقد الإداري في حال إخلال المتعاقد بالتزاماته إخلالاً جسيماً، أو حتى بدون صدور أي خطأ من جانبه- إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك – ووفقا لتقديرها وحدها .

ويرجع ذلك إلى أن العقود الإدارية تتصل بسير المرافق العامة وتعمل على الوفاء بمتطلباتها واحتياجاتها ،ولذلك لا بد من تغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة للأفراد ، ولكن لا يعني ذلك التضحية بحقوق المتعاقد الخاصة ، بل لا بد من حفظ حقوقه، لذا فإن العدالة تقتضي المحافظة على حق المتعاقد بالتعويض عما أصابه من ضرر ، وحقه في اللجوء إلى القضاء باعتباره أحد الضمانات الأكيدة والفعالة في حفظ حقوق هذا المتعاقد .

ومن خلال الدراسة يتبين لنا أن الإدارة تملك حق إنهاء العقد الإداري بقـــوة القانون في جميع الأحوال ، حتى في حال سكوت العقد ، أو عدم وجود نص فـــي القانون يمنح الإدارة صلاحية الإنهاء ، لا بل حتى لو ورد نصّ صريحٌ فـي العقـد يحظر على الإدارة ممارسة هذه السلطة ، لان مثل هذا النص يعتبر غير مشـروع ولا يعتد به لمخالفته للنظام العام.

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى عدة توصيات من أهمـها ضـرورة التأكيد على وجود نظام قانوني مميز للعقود الإدارية بصفة عامة ، وفـي مجـال الإنهاء بصفة خاصة ، وإلى ضرورة منح محكمة العدل العليا صلاحية الفصل فـي منازعات العقود الإدارية– باعتبارها المحكمة الإدارية الوحيدة المختصة بـالفصل ببعض المنازعات الإدارية – مقارنة بالدول التـي تـأخذ بنظـام القضـاء الإداري صاحب الولاية الشاملة .

المقدمة

من بين موضوعات القانون الإداري المختلفة ، تحتل دراسة العقد الإداري مكاناً بارزاً ،ويعود ذلك إلى أن العقد الإداري يمتاز بطبيعة قانونية خاصة ، وبأحكام خاصة تختلف عن طبيعة الأعمال الإدارية الأخرى وأحكامها من جهة ، وعن طبيعة وأحكام العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص من جهة أخرى .

فهي تختلف عن الأعمال الإدارية الأخرى (قرارات إدارية ،أعمال مادية، تنفيذ مباشر) ، بأن الإدارة لا تنفرد في إنشاء العقد الإداري ،بل أنه ينشأ بتوافر ارادتين (إرادة الإدارة وإرادة، المتعاقد معها) .

ومن جهة أخرى، فإن العقد الإداري وإن كان يشترك مع العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه والتي تقوم على التراضي بين الطرفين ومن حيث أنه يرتب التزامات متبادلة بين طرفي إلاّ انه يتميز عنه بأنه لا يوجد مساواة بين طرفي العقد الإداري.

ويرجع ذلك بطبيعة الحال إلى أنه في مجال عقود القانون الخاص فإنها تبرم بين أفراد، أو بين أشخاص القانون الخاص، أو بين أحدهم وشخص عام بصفته العادية ،وليس بصفته صاحب سلطة وسيادة ، أما في مجال العقود الإدارية فإن هذه العقود تبرم بين أحد أشخاص القانون العام بوصفه صاحب سلطة وسيادة وبين أحد الأفراد أو أحد أشخاص القانون الخاص.

كما ترجع عدم المساواة بين طرفي العقد في مجال العقود الإدارية إلى أن هذه العقود تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرافق العامة التي تستهدف هذه العقود تسييرها ، مما يقتضي منح الإدارة المسئولة عن إدارة هذه المرافق سلطات استثنائية في مواجهة المتعاقدين معها؛ من أجل ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد .

ونتيجة لهذه الفكرة الجوهرية التي تسيطر على أحكام العقود الإدارية ، فقد اعترف القضاء الإداري في فرنسا ومصر للإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية بمجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في مجال عقود القانون الخاص في

مواجهة متعاقديها ،ومناط هذه السلطات--كما ذكرنا – مقتضيات سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام .

ومن أجل ضمان تنفيذ المرافق العامة ، فأن الإدارة تتمتع بوضع أفضل من المتعاقد معها ، وهذه القاعدة تمثل أساس القانون العام، وينتج عنها أن الإدارة تستطيع دائماً أن تعيد النظر في موقفها بالنسبة لأوضاع المرفق المسئولة عنه ، حتى أثناء تنفيذ العقد ، فإذا اتضح لها أن الأوضاع المحددة في العقد لم تعد تتوافق مع الصالح العام ، فإنها تستطيع أن تعدل من بنود أو شروط العقد ، وتستطيع أن تفرض جزاءات على المتعاقد المقصر معها ، كما أنها تستطيع أن تنهي العقد بدون أن تبدي أسباباً لذلك ، وممارسة الإدارة لهذه السلطات لا تنطوي على طابع معيب أو غير مشروع من جانبها ، بل على العكس من ذلك فإن ممارسة الإدارة لها تمثل واجباً على عاتق السلطة العامة المسؤولة عن تنظيم المرفق العام وفقاً لأفضل الأوضاع ، وهذه السلطات تعتبر من السمات المميزة لطبيعة العقد الإداري، كما أن الأشخاص الذين يتعاقدون مع الإدارة لا يجهلونها ولا يمكنهم أن يتجاهلوها .

وبناء على ما تقدم ، فأننا نعثر بصدد الحديث عن العقود الإدارية على وضعٍ متميزٍ لجهة الإدارة يؤكده ما تتمتع به من سلطاتٍ جوهريةٍ في مواجهة المتعاقد معها

وبالنسبة لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة – محل البحث في الرسالة – فأنها تعتبر من الخصائص البارزة و المميزه للعقد الإداري وهي من أهم السلطات التي تتمتع بها لأنها تؤدي إلى انقضاء العقد الإداري بصفة قطعية ، ولذلك فإنها تعتبر سلطة خطيرة جداً بالنسبة لمصالح المتعاقد ، خاصة إذا أساءت الإدارة استعمالها ، أو إذا مارستها على وجه غير مشروع .

وغالباً ما تلجأ الإدارة إلى إعمال سلطتها في إنهاء العقد الإداري إما بسبب حدوث إخلال المتعاقد لالتزاماته المفروضة عليه إخلالاً جسيماً بالمرفق العام فتوقعه هنا عليه بوصفه جزاء لذلك الخطأ أو الإخلال، وقد تلجأ الإدارة إلى ذلك الإنهاء إذا

قررت ان المصلحة العامة تقتضي ذلك الإنهاء وحتى دون صدور أية أخطاء من جانب المتعاقد .

وإذا كنا نقرّ للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري من جانب واحد مراعاة لمقتضيات المرافق العامة التي تتصل بالعقود الإدارية ، إلا أننا في الوقت نفسه لا نضحي بحقوق المتعاقد كاملةً في مواجهة هذه السلطة ، خاصة في حالة الاستخدام غير المشروع لهذه السلطة ، لذلك لا بد من حفظ حقوق هذا المتعاقد بتوفير الضمانات القانونية اللازمة لحماية حقوقه من تجاوز الإدارة حدودها، وتتمثل هذه الضمانات في خضوع قرار الإدارة للرقابة القضائية ، حيث يملك المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى القضاء للطعن بقرار الإدارة في إنهاء القرار ، وهو حق مكفول لا نزاع فيه، فهذا الحق من النظام العام وأي شرط لاستبعاده يعتبر باطلاً ولا أثر له.

والرقابة القضائية توازن سلطة الإدارة الواسعة في إنهاء العقد الإداري وتمثل ضمانةً فعالةً وأكيدةً ضد تعسف الإدارة ومخالفتها للقانون .

أما الأسباب الكامنة وراء اختيارنا لموضوع سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة محلاً للبحث المقارن بين كل من فرنسا ومصر من جانب، ودولة الأردن من جانب آخر ، فيعزى ذلك إلى العديد من الاعتبارات القانونية والعملية في آن واحد والتي تتمثل في أن القضاء الأردني المختص للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية هو القضاء العادي والذي يتصدى للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وفرض رقابته على دور الإدارة فيها بصدد إنهاء الرابطة العقدية وفقاً لقواعد وأحكام القانون المدني الخاص ،وهو الأمر الذي فضلاً عن مجافاته للمنطق القانوني يلحق أضراراً بالغة الفداحة للمصلحة العامة بالدولة .

خطة البحث :

في ضوء ما ذكر ، فإننا سوف نتناول في هذه الرسالة دراسة سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة من حيث صورها وأساسها القانوني وشروط ممارستها وحقوق المتعاقد في مواجهة هذه السلطة .

ولكن قبل ذلك نرى ضرورة البحث في ماهية العقد الإداري كتمهيد أساسي وضروري قبل البحث في متن الرسالة.

وعليه، سوف نقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى فصل تمهيدي وثلاثة فصول نتناول في الفصل التمهيدي تحديد ماهية العقد الإداري ، ونتناول في الفصل الأول دراسة الصورة الأولى لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري وهي سلطة الإدارة في الإنهاء لخطأ المتعاقد الجسيم، ثم نتناول في الفصل الثاني من الرسالة دراسة الصورة الثانية لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الانفرادي لدواعي المصلحة العامة، ودون صدور خطأ من المتعاقد مع الإدارة .

أما الفصل الثالث ، فسنخصصه لدراسة الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد الإداري بصورتيها باعتبارها ضمانة فعّالة وأكيدة لحفظ حقوق المتعاقد في مواجهة سلطة الإدارة الخطيرة في إنهاء العقد الإداري .

الفصل التمهيدي

ماهية العقد الإداري

الفصل التمهيدي

ماهية العقد الإداري

تلجأ الإدارة العامة في معرض قيامها بوظائفها ونشاطاتها المتنوعة، ومن أجل الاضطلاع بالأعباء الملقاة على عاتقها إلى وسائل قانونية مختلفة ، وهذه الوسائل إما أن تكون أعمالاً قانونية صادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة، وهذا هو القرار الإداري ، أو تكون أعمالاً قانونية صادرة عن إرادتين ، إرادة الإدارة،وإرادة المتعاقد معها، والذي قد يكون شخصاً معنوياً عاماً ،أو خاصاً، أو فرداً .وهذه هي عقود الإدارة .

ولا تخضع عقود الإدارة كلها لنظام قانوني واحد، فمنها ما يعد بطبيعته عقوداً إدارية تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام، بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها،وقد تنزلُ منزلةَ الأفراد في تعاقدهم فتبرم عقوداً مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص .

وعليه، فإن عقود الإدارة تصنف إلى فئتين:

- عقود الإدارة الإدارية .
- عقود الإدارة المدنية .

فالفئة الأولى من تلك العقود، يطبّق عليه القانون العام، وينعقد الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة به للمحاكم الإدارية، أما الفئة الثانية منها فينطبق عليه القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة به للمحاكم العادية. ونظراً للنتائج الهامة المترتبة على كلا النوعين من عقود الإدارة ، واختلاف النظام القانوني لكل منهما، يثار تساؤل مهم حول معيار تمييز العقود الإدارية عن عقود الإدارة المدنية، فمتى يمكن القول أن العقد الذي تبرمه الإدارة عقدٌ إداريٌ بطبيعته يخضع لأحكام القانون العام؟ ومتى يختص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات المتعلقة به؟

من الملاحظ أن الفقه والقضاء قد اختلفا بشأن المعيار المميز للعقــد الإداري وقد تلاحقت التطورات الفقهية والقضائية بشأن الحد الفاصل بين كلا النوعين مـــن عقود الإدارة.

ومن أجل الوقوف على ماهية العقود الإدارية ، نرى انه لا بد مـــن تحديـد المعيار المميز لها، والإشارة إلى أهمية التمييز بينها وبين العقود المدنية .

وعليه، فسنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، سنتكلم في المبحـــث الأول عن معيار تمييز العقد الإداري، بينما سنخصص المبحث الثاني لأهمية التمييز مـــا بين العقود الإدارية والعقود المدنية .

المبحث الأول

معيار تمييز العقد الإداري

من المستقر عليه تعريف العقد الإداري بأنه "العقد الذي تكون الإدارة طرفاً فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه ،وتسييره بغية خدمة أغراضه، وتحقيق احتياجاته مراعاة لوحدة المصلحة العامة، وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام، بما تتضمنه من شروطٍ استثنائيةٍ غير مألوفة في عقود القانون الخاص" [١].

لذلك، يشترط لكي يكون العقد الذي تبرمه الإدارة عقداً إدارياً توافر شروطٍ ثلاثة ألا وهي:-

١- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد .

٢- أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام.

٣- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

يُجمعُ الفقه الفرنسي والمصري[٢] على ضرورة توافر هذه العناصر، وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري الفرنسي والمصري أيضاً، لكن الخلاف يدور حول كفاية أو عدم كفاية أحد هذه العناصر ليكون معياراً مميزاً للعقد الإداري.

حيث ذهب جانب من الفقه إلى كفاية الشرط الأول ليكون معياراً مميزاً للعقد الإداري، فاعتبر بذلك جميع العقود التي تبرمها الإدارة عقوداً إدارية، وهؤلاء هم أنصار المعيار العضوي.

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٨٤/٢/١١، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج (١٨)، ص ٦٧٥ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٨٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٨٧/٢/٢١ ، صادق ، سمير ، العقد الإداري في مبادئ المحكمة الإدارية العليا ، ص ١٠. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٥٦ لسنة ١١ ق جلسة ٣٠ /١٩٦٧/١٢ ، مجموعة الأحكام ،ص ١٨٣١ .

(٢) الطماوي ، سليمان ، الأسس العامة للعقود الاداريه ، ص٥٠ مهنا ، محمد ، القانون الإداري ص ١١٢٧؛ عبد الوهاب ، محمد، القانون الإداري ، ص٢٨ ، حسن، عبد الفتاح، القانون الإداري . ص٢١٢.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى ضرورة توافـــر الشـــرطين الآخريـــن لإضفاء الصفة الإدارية على العقود ، وهؤلاء هم أنصار المعيار الموضوعي، غـير إن هذا الجانب ينقسم على نفسه ، فقد ذهب قسم منهم إلى القول بكفاية اتصال العقد بمرفق عام ليكون عقداً إدارياً بينما رأى الفريق الآخر كفاية تضمين العقد شـــروطاً استثنائية لإضفاء الصفة الإدارية عليه.

وبناءً على ما سبق ذكره ، فإننا سنتناول هذه المعايير ضمن ثلاثة مطـــالب، سنخصص أولها للمعيار العضوي ، وأما ثانيها فسنتكلم فيه عن معيـــار المرفـق العام، وأما معيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة فسنتناوله ضمن المطلب الثالث.

المطلب الأول
المعيار العضوي

حتى يصطبغ العـــقد بالصبغة الإدارية، فـــلا بد أن يكون أحـــد طرفيـــه - على الأقل - شخصاً من أشخاص القانون العام، والعقد الذي يخلو من هذه الصفـة لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً، ويستوي بعد ذلك أن يكون الطرف الثاني في التعـــاقد شخصاً معنوياً عاماً أو خاصاً أو فرداً من الأفراد..

وتثير هذه القاعدة نقاطاً يمكن حصرها بما يلي:

أولاً – عدم وضوح الصفة الإدارية لبعض الأشخاص المعنوية .

ثانياً – الاعتراف بالصفة الإدارية لبعض عقود أشخاص القانون الخاص .

ثالثاً – مدى كفاية المعيار العضوي كمعيار مميز للعقد الإداري.

وسنقوم بشرح هذه النقاط وفق الترتيب التالي :-

الفرع الأول

عدم وضوح الصفة الإدارية لبعض الأشخاص المعنوية

اصبح من المسلم به في فقه القانون العام والقضاء الإداري، أن لفظ الإدارة ينصرف إلى الإدارة العامة في الدولة ، والتي تشمل أشخاص الإدارة المركزية واللامركزية [١]، وبالإضافة إلى الأشخاص العامة التقليدية (المركزية واللامركزية) فقد اعترف القضاء الإداري الأردني، والمقارن بالشخصية المعنوية العامة للمنظمات التي تشرف على بعض نواحي النشاط المهني، والتي تسهم في تنفيذ الخدمات التي تقدمها المرافق العامة ، كالنقابات المهنية المختلفة[٢]، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي العقود التي تبرمها اللجان الخاصة بالتنظيم المهني عقوداً إدارية .

أما بالنسبة للمشروعات المؤممة وتكييفها القانوني ، فقد ثار الخلاف – في مصر - فيما إذا كانت تعتبر من أشخاص القانون العام أم الخاص.

حيث ذهب جانب من الفقه [٣]إلى أن هذه المشروعات ما هي إلا أشخاصاً إداريةً عامةً تخضع للقانون العام، ويترتبُ على اعتبارها كذلك ، أن تُعتبرَ العقودُ التي تبرمها عقوداً إداريةً مع توافر باقي الشروط الأخرى.

ولكن الرأي السائد في الفقه والقضاء الإداريين[٤] ان المشروعات المؤممة من أشخاص القانون الخاص، وتخضع لأحكام هذا القانون، ومن ثم فإن العقود التي تبرمها لا تعتبر عقوداً إداريةً و إنما من عقود القانون الخاص والتي أناط القانون للقضاء العادي الولاية العامة للفصل في منازعاتها .

---

(١) الفياض ، ابراهيم ، العقود الإدارية . ص ٤٣

(٢) من احكام القضاء الفرنسي، حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٤٢/٧/٣١ ، يسري ، أحمد، احكام المبادئ في القضاء الفرنسي ، ص ٣١٩
– من أحكام القضاء المصري، حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٦/٣/٢٧. مجموعة أحكامها في خمسة عشر عاما (١٩٦٥-١٩٨٠) ج ٢ ص –ومن أحكام القضاء الأردني ، عدل عليا ٧٤/٢٨، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة١٩٧٤ عـدد (١١،١٢) ص ١٢٨٤ – عدل عليا ١٥/ ٨٤ مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٨٥ عدد (٥) ص ٧٦٠

(٣) من أنصار اعتبار المشروعات المؤممة من أشخاص القانون العام، والحجج، الأسانيد التي قال بها أنصار هذا الاتجاه انظر: مهنا،محمد، المشروع العام وطبيعته القانونية ،مجلة العلوم الإدارية، ص ٧ –٧٥. – وصفي، مصطفى كمال، التكييف القانوني للمشروعات العامة،مجلة العلوم الإدارية، ص١٠٩–١٧٠ .

(٤) من أنصار اعتبار المشروعات المؤممه من أشخاص القانون الخاص، وتفنيدهم لحجج أنصار الرأي الأول انظر ،حلمي، محمود، النظام القانوني للقطاعين العام والخاص، مجلة العلوم الإدارية ،ص٥٩–١٣١ ، الطماوي ، مرجع سابق، ص ٥٦-٥٩.

الفرع الثاني

الاعتراف بالصفة الادارية لبعض عقود أشخاص القانون الخاص

كما ذكرنا ، فإنه لا يمكن إضفاء الصفة الإدارية على العقود، مالم تكن الإدارة طرفا فيها، ويترتب على ذلك أن العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص هي عقود مدنية ، لا تدخل في نطاق العقود الإدارية حتى لو حققت نفعاً عاماً[١].

على أن المبدأ الذي بمقتضاه أن شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الخاص ليس في إمكانهما أن يبرما فيما بينهما عقداً إدارياً يرد عليه استثنائين اثنين ألا وهما:-

الاستثناء الأول : التعاقد باسم ولمصلحة الإدارة

وقد طبقت هذه الفكرة محكمة التنازع الفرنسية[٢] في حكم لها بشأن عقد أبرمته إحدى شركات الاقتصاد المختلط الملتزمة بتسوية وتمهيد إقليمي (ماسي وانتوني) مع منشأة خاصة لمعاونتها في القيام بهذه الأشغال .مما أثار الخلاف حول طبيعة العقد المبرم، حيث انتهت المحكمة إلى اعتبار العقد إداريا على أساس أن شركة الاقتصاد المختلط لم تتصرف إلا بإسم ولحساب إقليمي (ماسي وانتوني).

وفي نفس الاتجاه سارت محكمة القضاء الإدارية المصرية [٣]، حيث اعتبرت العقد إدارياً متى أبرمته لجنة كلفتها وزارة التموين بتوزيع الشاي حسب التنظيمات التي وضعتها الوزارة، بعد استيلائها على تلك السلعة على أساس أن اللجنة أبرمت هذا العقد باعتبارها مكلفة بخدمة عامة .

---

(١) – الزهيري ، رياض ،١٩٧٥ ،مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ، رسالة ماجستير،جامعة بغداد ،بغداد ص٤٧.

(٢) – الفحام ، علي، ١٩٧٥ ، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري ، دراسة مقارنه، رسالة دكتوراة ،جامعة عين شمس ، القاهرة ،ص١٧ ، طبقت محكمة التنازع الفرنسية فكرة العمل باسم ولمصلحة الإدارة بصورة أوضح في حكم شهير هو حكم بيروت (peyrot) ، يسري ، مرجع سابق ، ص ٣٥٠ .

(٣) – حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٥٦/٤/٢٤ ، السنة العاشرة ، ص ٣٠٧.

وقد اعتبر جانب من الفقه [1] أن هذا الحكم ما هو إلا تطبيقا لفكـرة الوكالـة والتعاقد باسم ولحساب جهة الإدارة، وأنه ليس استثناءً حقيقياً من القاعدة العامة التـي تقضي بأن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

الاستثناء الثاني : تدّخل الإدارة في عقود الأفراد

إن العقد الذي ينظم بين أفراد عاديين لا يعتبر من العـقود الإدارية ، حتى لـو كان أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً خاصاً يعمل للصالح العام، أو متعهداً للأشغال العامة، أو صاحب امتياز لدى إحدى الإدارات العامة [2] ، ومع ذلك يجيز القضاء اعتبار مثل هذا العقد إدارياً إذا ما تدخلت الإدارة فيه، باعتبارها تعمل باسم ولحساب فردٍ عادي، وهذا ما قضت به محكمة التنازع الفرنسية [3]بشأن عقد أبرمه المكتب الوطني للملاحة لحساب أحد الأفراد مع شخص مكلف بتركيب بعض الآلات، حيث اعتبر العقد مدنيـاً لعـدم وجـود شروط استثنائية من القانون الخاص.

الفرع الثالث

مدى كفاية المعيار العضوي كمعيار مميز للعقد الإداري

حتى يعتبر العقد إداريا، فإنه يلزم -كما ذكرنا- أن تكون الإدارة طرفاً فيـه مـع الأخذ بعين الاعتبار الاستثناءان السابق ذكرهما، وتذهب غالبية الفقه[4] ، مؤيدةً بأحكـام القضاء ، إلى أنه إذا كان وجود الإدارة طرفاً في العقد شرطاً لازماً بذاته لاعتبار العقـد إداريا، إلا أنه غير كاف .

وإذا كان الرأي الغالب يرى عدم كفاية المعيار العضوي وحده كمعيار مميز للعقد الإداري، إلا أن هناك جانب من الفقه[5]. يرى كفاية وجود الإدارة طرفاً في العقد لاعتباره

---

(1) - عبد المولى ، علي،١٩٩١ ،الظروف التي تطرأ اثناء تنفيذ العقد الاداري ، دراسة مقارنه ، رسالة دكتوراه ،جامعة عـين شمـس، القاهرة، ص ٨١.

(2) - بركات ، زين العابدين، الموسوعة الإدارية في القانون الإداري ، ص ٥٧٤.

(3) - الفحام ، مرجع سابق، ص ١٤.ومع ذلك يرى جانبا من الفقه ان مجرد تدخل الإدارة في عقود الأفراد لايجعل العقد اداريا، بـل يبقى العقد مدنياً، وتطبق في شأنه قواعد النيابة في التعاقد في القانون الخاص، انظر النجار ، زكي، ١٩٨١، نظرية البطـلان في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس ، ص ٢٠، القاهرة.

(4) - الطماوي مرجع سابق، ص٥٤، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٦٤/٣/٧ - الموسوعه الإدارية ص٦٨٧.

(5) - ترما ، شاب ، القانون الإداري ص ٤٢٧ - الزهيري ، مرجع سابق ص ٥٨.

إدارياً، ويعتبر وجودها قرينةً على اعتبار العقد إدارياً، لكنها قرينة بسيطة قابله لاثبات العكس متى وجدت قرائن تدل على أن الإدارة قصدت إبرام العقد وفقاً لقواعد القانون الخاص.

ومن جانبنا، نرى أن كلا الرأيين يؤديان إلى نفس النتيجة .

فالرأي الأول يرى عدم كفاية المعيار العضوي ، بل لا بد من البحث عن قرائن أخرى لإضفاء الطابع الإداري على العقد الذي تبرمه الإدارة ، تتمثل في صلة العقد بالمرفق العام، أو احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة .

أما الرأي الثاني ، فهو يلغي عن العقد الصفة الإدارية متى وجدت قرائن تدل على أن الإدارة قصدت إبرام العقد وفقاً لقواعد القانون الخاص، وفي كلتا الحالتين، لن نعرف مقدماً فيما إذا كان العقد إدارياً أو مدنياً إلا بالبحث في طبيعته، والشروط التي يتضمنها.

لذلك نخلص إلى القول أنه لكي يعتبر عقدًاما إدارياً ، فإنه لا بد من أن يكون أحدُ طرفيه إدارةً عامة ولكن هذا لا يكفي وحده بل لا بد من توافر شروط أخرى.

المطلب الثاني

معيار المرفق العام

من المستقر عليه – فقهاً وقضاءً – سواءً في مصر أو فرنسا، أن العقد لا يعتبر إدارياً، إلا إذا كانت هناك علاقةً أو صلةً بين العقد والمرفق العام، وإذا كان من السهل اكتشاف الصلة وتحديدها ، فإنه من الصعوبة بمكان تحديد مفهوم المرفق العام، وإذا استطعنا تمييز المرفق العام ،وتحديد مفهومه، يثار التساؤل ، فيما إذا كانت مجرد صلة العقد بالمرفق العام كافيةً ليصبح العقد إدارياً، أم انه يجب أن يتوفر بالإضافة إلى ذلك شروطٌ أخرى؟ .

الفرع الأول

تحديد مفهوم المرفق العام[١]

إن تحديد مفهوم المرفق العام، هو أمر ليس بالسهل ، ذلك أن فكرة المرفق العام هي فكرة عمومية ، غير محدده ، وقد تعذر الاتفاق على تعريف يحدد مفهومها، غير أنه يستخلص من الآراء الفقهية[٢]وجود اتجاهين يشغلان زاويتين لرؤية مدلول المرفق العام أحدهما شكلي والآخر موضوعي.

ووفقاً للمدلول الشكلي فإن المرفق العام هو "المنظمة أو الهيئة التي تمارس نشاطا عاما، وتكون تابعة للدولة "[٣].

أما وفقاً للمدلول الموضوعي ، فإن المقصود بالمرفق العام هو "النشاط الذي يشبع حاجاتٍ عامة ويؤدي إلى تحقيق منافع عامة[٤].

ولقد عرف القضاء الأردني المرفق العام بأنه "حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغا يقتضي تدخل الحكومة لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام سواء كان الأفراد بوسائلهم الخاصة يستطيعون إشباع تلك الحاجة أم لا ؟ أي أن العنصر الأساسي في المرفق العام هو ضرورة وجود خدمة يهدف المشرع إلى إدارتها من الحكومة مباشرة أو بواسطة ملتزم تحت إشرافها لا فرق بين أن تكون تلك الخدمة تتعلق بنشاطاتٍ تجاريةٍ، أو صناعيةٍ، أو خلافها"[٥] .

---

(١) حول تحديد مفهوم المرفق العام انظر :،حافظ، محمود ، نظرية المرافق العامة ، الطماوي ، سليمان، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث ، نظرية المرافق العامة ، خطار، علي، القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني ص ١٧-٢٢ ، كنعان، نواف، القانون الإداري الأردني ، الكتاب الأول ص ٣١٦-٣١٩.

(٢) انظر في هذه الأراء الفقهيه "الحمود، وضاح، ١٩٩٢، المرفق العام كمعيار لتحديد نطاق القانون الإداري، رسالة ماجستير، ، الجامعة الأردنية ، عمان ، ص ٣٨.

(٣) الفياض، ، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٤) الفياض ، مرجع سابق ، ص ٥٠.

(٥) عدل عليا رقم ٧٦/٧٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٦٩ ، عدد (٦،٥) ، ص٣٢١.

الفرع الثاني

صور اتصال العقد بالمرفق العام

استقر القضاء الإداري في العديد من أحكامه على اعتبار اتصال العقد بالمرفق العام المعيار المميز للعقد الإداري. ولا يشترط أن يتم اتصال العقد بالمرفق العام على صورةٍ معينة ، ولكن ما يهم في هذا الصدد أن يتصل موضوع العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور سواءً كانت من حيث تنظيم المرفق أو استغلاله أو تسييره أو المعاونة أو المساهمة في ذلك [١] .

ويورد الفقه عدة صور لاتصال العقد بالمرفق العام ، وهذه الصور مستقاة من أحكام القضاء الإداري ويمكن طرحها في ثلاثة نماذج[٢]:-

١- اشتراك المتعاقد مع الإدارة في اداره المرفق العام ، وهذا النموذج هو الأكثر أهمية، إلا أنه ليس الشكل الوحيد، وذلك هو امتياز المرافق العامة.

٢- التزام المتعاقد مع الإدارة بالتعاون في تسيير المرفق عن طريق توريد مواد أو تقديم خدمات للمرفق العام كما هو الحال بالنسبة لعقود التوريد.

٣- التزام الإدارة قبل الفرد بتقديم سلع أو خدمات مثل العقود التي يبرمها المرفق مع المنتفعين.

الفرع الثالث

مدى كفاية معيار المرفق العام كمعيار مميز للعقد الإداري

إن اتصال العقد بالمرفق العام، يعد شرطاً ضرورياً، لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الإداري. إلا أن تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي، و اكتفاءه

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ ق في جلسة ٢/٢٤ /١٩٥٧ .

(٢) النجار ، مرجع سابق، ص ٢١، خطار، دراسات في العقود الإدارية ص ٦، عبد المولى ، مرجع سابق، ص ١٠٠، الطماوي، مرجع سابق ص ٧٣.

بمعيار الشروط الاستثنائية في بعض أحكامه، أدى إلى ظهور خلاف بين الفقه حول كفايته وذلك في ثلاثة اتجاهات فقهيه[١]:

ذهب جانب من الفقه إلى القول بكفاية معيار المرفق العام ، دون أية حاجة لاستلزام شروطٍ أخرى أي احتواء العقد نفسه على شروطٍ استثنائية غير مألوفة، وقد أيد هذا الرأي الفقهي اتجاهه في بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي (منها : قضية الزوجان برتان الصادرة في ١٩٥٦/٤/٢٥)[٢].

وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى وجوب الاستغناء عن معيـــار المرفـــق العام والاكتفاء بمعيار الشروط الاستثنائية، ومن أهم الحجج التي يسوقها أنصار هـذا الاتجاه أن فكرة المرفق العام ، هي فكرة غامضة فلا يوجد تعريف يحدد المقصـــود بعبارة "المرفق العام" تحديداً دقيقاً وهذا ما أضفى على الفكرة ميوعة جعلتـــها غـــير صالحة لتكون أساسا ثابتا كمعيارٍ مميز للعقد الإداري، كما يعتبر جانبا من الفقـــه أن مسألة اتصال العقد بالمرفق العام،أصبحت مجرد عباراتٍ لفظية لا تتضمن أي معنا حقيقيا، فقد اعتبر الفقيه الفرنسي "دي– لوبادير"، أن المرفق العام بمعنـــاه الواســـع متحققا دائما فـــي كل نشاطٍ تقوم به الإدارة لدرجة أنه لم تعد له أية قيمةٍ قانونية [٣].

وتذهب غالبيه الفقه [٤]إلى وجوب توافر شرط المرفق العام، إلـــى جـــانب شرط احتواء العقد على شروطٍ استثنائيةٍ غير مألوفة، وهؤلاء هم أنصـــار المعيـــار المزدوج.

---

(١)مشار إلى هذه الآراء في رسالة عياد، أحمد عثمان، ١٩٧٣، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، ص ٢٨.

(٢) يسري، مرجع سابق، ص ٥٠٥.

(٣) ويرى الدكتور ماجد الحلو أنه ليس من داع لمثل هذا الشرط إذ أن اشتراط أن تأخذ الإدارة في العقد بأساليب القانون العام يكاد يتضمن ويغني عنه في معظم الأحوال ، ويرى أن العقد يمكن أن يكون إداريا ولو لم يتعلق بمرفق عام مادام يتضمن بعض الشروط الإستثنائية غير المألوفة الحلو ،ماجد ، القانون الإداري ، ص ٥٧١ .

(٤) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٦٨–٧٠، عياد ، مرجع سابق، ص ٢٠، النجار، مرجع سابق، ص ٢٥.

المطلب الثالث

معيار الشروط الاستثنائية

يتضح مما سبق أن وجود الإدارة طرفا في العقد ، واتصال العقد بنشاط المرفق العام، لا يكفي لإدخاله في زمرة العقود الإدارية ، فلا بد من توافر شرطا آخر يتمثل في تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، سيما أن الإدارة قد تقوم بإدارة مرافقها بنفس أسلوب القانون الخاص، خاصة في المرافق الصناعية والتجارية .

ويثير هذا المعيار العديد من النقاط، فما هي الشروط الاستثنائية غير المألوفة؟ وهل من الممكن تحديدها في ضوء الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري الفرنسي والمصري في هذا الشأن؟ وما هي القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية؟

الفرع الأول

تعريف الشروط الاستثنائية [1]

لا يوجد تعريف محدد للشروط الاستثنائية ، فكل التعريفات التي قيلت بشأن الشروط الاستثنائية اتسمت بالغموض وعدم التحديد سيما وأن لكل حالة ظروفها[2].

أما بالنسبة للقضاء[3]، فإنه اكتفى بالقول –عادةً– بأن هذا العقد أو ذاك يتضمن شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص دون أن يوضح أو يحدد هذه الشروط.

ونشير فيما يلي إلى أهم التعريفات الفقهية التي قيلت بشأن الشروط الاستثنائية غير المألوفة ، وإن كانت معظمها قد باءت بالفشل، نظراً لكونها تعتمد

---

(١) حول تعريف الشروط الإستثنائية انظر: عباس، عبد الهادي، مفهوم الشروط الاستثنائية غير المألوفة ، مجلة المحاماة، ص ٨٤٣.

(٢) عبد المولى ، مرجع سابق، ص ١٠٩.

(٣) من الأمثلة عليها في القضاء الفرنسي حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر في ١٩٨٥/١/٢ وحكمها الصادر في ١٩٧٩/٦/٢٩ ومشار اليها في رسالة عبد المولى ، مرجع سابق، ص ١٠٨ أيضا في القضاء المصري، انظر : الطماوي ، مرجع سابق ، ص ٧٨ .

في تحليلها على أحكام القضاء، وهي في الأصل متباينةً ومتعارضه، فضـلاً عـن كونها مختصرة .

فالأستاذ "فالين" يعرفها بأنها "تلك الشروط التي لا نجدها في القانون الخلص، إما لكونها باطلة لمخالفتها للنظام العام، وإما لأن السلطه الإدارية قد ضمنتها العقـد نزولا عند مقتضيات الصالح العام".

أما الاستاذ "فيدل "فيرى ان الشروط الاستثنائيه هـي "تلـك التـي لا يمكـن إدراجها في عقود الأفراد، ليس بسبب استحالتها أو اصطدامها بالنظام العام، وإنمـا لإتسامها بطابع السلطة العامة".

أما الفقيه الفرنسي "دي - لوبادير" ، فـيرى ان" الشـروط الاسـتثنائية لا تنحصر في تلك التي تتميز بطابع السلطة العامة، أو تخرج على المـألوف الـذي اعتاده الأفراد، ولكنها تتمثل أساساً في الشروط الوثيقـة الصلـة بمبـادئ القـانون العام"[1].

الفرع الثاني
صور الشروط الاستثنائية

درج الفقه الإداري، بعد أن عجز عن وضع تعريفٍ شاملٍ ومحدد للشـروط الاستثنائية على عرض هذه الشروط في صور وأفكار، ويمكن أن يستخلص مـن مجمل الآراء ان هذه الشروط تندرج تحت طائفتين:-

الطائفة الأولى: الشروط التي تثير امتيازات السلطة العامة .

تشمل هذه الطائفة مجموعة الشروط التي تتسم بطابع السلطة ،والتي تعتـبر غريبة على روابط القانون الخاص ، سواء لأنها تعطي الإدارة سلطاتٍ استثنائيةً فـي مواجهة المتعاقد معها،أو لأنها تمنح المتعاقد مع الإدارة بعض امتيـازات السـلطة العامه في مواجهة الغير.

---

(١) حلمي ، مرجع سابق ، ص ١٦٦.

١- الشروط التي تمنح الإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها .

يعتبر امتياز التنفيذ المباشر وامتياز القرار التنفيذي من أهم الامتيازات التي تمنح للإدارة في مواجهة المتعاقد معها. ومن الامتيازات كذلك، السلطات التي تتمتع بها الإدارة في العقد الإداري، من حيث رقابة المتعاقد معها، وتوجيهه أثناء تنفيذ العقد، كذلك سلطتها في تعديل بعض شروطه بالإرادة المنفردة ، وحقها في توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حال اخلاله بالتزاماته المفروضة عليه والتي قد تصل إلى حد فسخ العقد الاداري، وأخيراً سلطتها في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ؛ ودون حاجة لصدور خطأ من جانب المتعاقد معها.

٢- الشروط التي تخول المتعاقد سلطات قبل الغير

وهي شروط "غريبة" بطبيعتها عما يمكن أن تتضمن عقود القانون الخاص، ذلك أن المتعاقد يتلقى بمقتضاها تفويضا بممارسة بعض امتيازات السلطة العامة، ومن أمثلتها تخويل الملتزم في عقد التزام المرافق العامة الحق في تقاضي رسوم من المنتفعين، والشروط التي تخوله سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة، أو حق استعمال "سلطات البوليس" بالمعنى العام[1]، ومن أمثلتها في عقود الأشغال العامة تلك التي تعطي للمقاول سلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات او الحصول على مواد من الأراضي المجاوره[2].

الطائفة الثانية: الشروط غير المألوفة في روابط القانون الخاص.

تشمل هذه الطائفة الشروط التي لا تنطوي على امتيازات للسلطة العامة، ولذلك فإنها لا تعد باطله اذا تضمنتها احدى عقود القانون الخاص، ومع ذلك فإنها تمثل وضعا غير مألوف في العلاقات الفردية .

---

(١) الفحام ، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٢) الزهيري ، مرجع سابق، ص ٨١.

ويمكن رد هذه الطائفة إلى نوعين من الشروط وهما:-

١-الشروط المبنية على قواعد القانون العام

ومثالها الشروط التي تعطي المتعاقد مع الإدارة الحق في إعادة التوازن المالي إلى العقد الذي يختل نتيجة ظروف طارئة[١] ،و كذلك الشرط الذي يحيل على القضاء الإداري في الاختصاص[٢]، أو الذي يحيل على دفاتر الشروط العامة[٣]، ومثل هذه الشروط غير كافيه بحد ذاتها لجعل العقد إدارياً ، لكن القضاء في فرنسا اعتبر مثل هذا الاتفاق إذا وجد بين جمله شروط او قرائن غير قاطعه في إضفاء الصفة الإدارية، فعندها يمكن اعتبار الاتفاق من الشروط المرجحة أيضا[٤].

٢-الشروط المستوحاة من اعتبارات المصلحة العامة

وهي "شروط يصعب تقريرها أو حتى فهمها إلا بهدف المصلحة التي تسعى إليها الإدارة ، ومن قبيل هذه الشروط[٥]،النصوص المدرجة بوثائق التأمين البحري والتي تخضع دفع التعويض لشرط شراء سفينة أخرى ويطلق على هذا الشرط، "شرط الاستبدال"، ويستهدف هذا الشرط تحقيق اعتبارات الصالح العام التي تتمثل في المحافظة على الأسطول البحري للدولة الفرنسية.

---

(١) عباس، مرجع سابق، ص ٨٤٨.

(٢)عبد المولى ، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٣) حلمي، مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٤) الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٥) حلمي ، مرجع سابق، ص ١٨٦.

الفرع الثالث

مدى كفاية الشروط الاستثنائية كمعيار مميز للعقد الإداري

هناك اتجاهان للبحث في مدى كفاية هذا المعيار ، اتجاه يرى عـدم كفايـة الشرط الاستثنائي كمعيار مميز للعقد الإداري، وآخر يرى كفايته.

فوفقا لأصحاب الاتجاه الأول[١] ، فإن تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص لا يصلح معياراً سليماً لتمييز العقود الإدارية ومن أهم الحجج التي يسوقها أنصار هذا الاتجاه ،أن فكرة الشروط الاستثنائية ذاتها فكرة غامضة، وغير محدده باعتراف الفقهاء الذين ابتكروا هذه الفكرة بأنفسهم.

أما أنصار الاتجاه الثاني[٢]، فيرون أن هذا المعيار هو المعيار الحقيقي المميز لهذه العقود، وهو يغني عن أي معيار آخر، ومنهم العميد الفرنسي "فيدل"[٣] حيث يرى أن الشرط الاستثنائي هو المعيار الوحيد لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي من مضمونه نتبيَّن وجود الشروط الخارجة على القانون الخاص، ورغبة الإدارة في إبعاد هذا القانون ، ومن الفقه الفرنسي المؤيد لهذا الاتجاه أيضا الأستاذ "شابي"[٤] الذي اعتبر أن وجود الشرط الاستثنائي كافيا لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي تبرمه الإدارة، وأن وجود أي شرط آخر ليس ضروريا.

وفي الفقه المصري وجد من يؤيد هذا الرأي وعلى رأسهم الدكتور ثروت بدوي حيث يرى[٥] أن المعيار المميز للعقد الإداري في الوقت الحاضر هو اشتماله على شروط استثنائية سواء اعتبرت كذلك لاتسامها بطابع السلطة، أو لأنها غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

---

(١)مهنا ، مرجع سابق، ص ١١٨٤.

(٢)عياد ، مرجع سابق، ص ٨٩.

(٣)مروان، صباغ ،قراءة في العقود الإدارية ، مجلة المأمون ، ص ١٠٨٣-١٠٩٤.

(٤)عباس ، مرجع سابق، ص ٨٤٩.

(٥)بدوي، ثروت- القانون الإداري – ص٢٥٥.

نخلص مما تقدم إلى القول :أن هناك شروطاً ثلاثة رئيسية متفق عليها لاعتبار العقد إدارياً ، إلا أن الخلاف الفقهي نشأ حول أهمية هذه الشروط، ومدى كفايتها كمعيار مميز للعقد الإداري، هل هو معيار المرفق العام؟ أم معيار الشروط الاستثنائية ؟ ولقد أيّد كل اتجاه رأيه ودّعمه بالأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن ، ومما يلاحظ أن القضاء الإداري قد قضى بالأمرين معاً، حيث قضى في بعض أحكامه بضرورة اجتماع المعيارين معا، وفي أحكام أخرى قضى بكفاية معيار المرفق العام وحده كمعيار مميز للعقد الإداري، كما قضى أخيراً بكفاية معيار الشروط الاستثنائية ،وهذا يبرز صعوبة الاعتماد على أحكام القضاء في هذا الصدد.

وإذا كان الأمر كذلك في أحكام القضاء، فلا يمكن القول ان هذه الأحكام متعارضة ذلك أن دور القضاء هو وضع الحلول وصياغة الأحكام في المنازعات المطروحة حسب ظروف كل قضيةٍ على حدة، لذا نرى أن الأمر يعود لتقدير القاضي ، بحسب ظروف كل قضية ، وله أن يتبنى أياً من هذه المعايير وأصلحها لاعتبار عقدٍ ما إدارياً.

المبحث الثاني

أهميه التمييز ما بين العقود الإدارية والعقود المدنية

تنطوي عملية التمييز ما بين العقود الإدارية والعقود المدنية على نتائج غاية في الأهمية تتمثل في اختلاف القانون الواجب التطبيق على كلا العقدين، واختلاف القضاء المختص بالنظر في المنازعات الناتجة عنهما، وسوف نتناول فيما يلي نتائج التفرقة بين كلا النوعين من العقود ، ولكن قبل ذلك نرى أنه من المفيد الإشارة إلى أهم الفروق الجوهرية بين العقود الإدارية والعقود المدنية .

المطلب الأول

الفروق الجوهرية بين العقود الإدارية والعقود المدنية

يعرف العقد [١] – بوجه عام– بأنه عبارة عن" توافق إرادتين بالإيجاب والقبول لإنشاء التزامات تعاقدية"، ولا يختلف العقد الإداري عن العقد المدني من هذه الناحية أي من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، فالعقد الإداري[٢] لا يعدو ان يكون توافق الإرادتين بإيجاب بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية.

وتتميز العقود الإدارية التي يبرمها الأشخاص المعنوية العامة عن العقود المدنية التي تبرم طبقاً لقواعد القانون الخاص، من حيث القواعد الخاصة بتكوينها وإبرامها، كما أنها تختلف عنها في مرحله تنفيذ العقد الإداري حيث تتمتع الإدارة بسلطات واسعة لضمان تنفيذ العقد على أحسن وجه، وسنبين فيما يلي – باختصار– أهم الفروق الجوهرية بين كلا النوعين من العقود سواء في مرحله التكوين والإبرام، أو في مرحلة التنفيذ والآثار.

---

(١)عرفت المادة (٨٧) من القانون المدني الأردني العقد بأنه " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد الطرفين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في الطعن رقم ١٠٢٠ لسنة ٩ق في جلسة ١٩٦٧/٤/٨، مجموعة الأحكام ، ص١٨٣١.

الفرع الأول

في مرحلة التكوين والإبرام

تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية من حيث القواعد الخاصة بتكوينها، وإبرامها، حيث تخضع لنظام قانوني خاص ،ومستقل عن تلك القواعد التـي تحكـم العقود الخاصة[١]. فالعقود التي تبرمها الإدارة تتكون في العادة مـن عمليـه أكـثر تعقيداً منها في العقود التي تبرم بين الأفراد ، ويبرز اشد أنواع هذا ا لتعقيد بوجـه خاص في الشق المتعلق بالتعبير عن إرادة جهة الإدارة التي تكون طرفاً في العقـد الإداري[٢]، ذلك أن التعبير عن إرادة الإدارة تتبع فيه أساليب معينـه وإجـراءات شكلية محددة وقواعد مرسومة من حيث الشكل والاختصاص. كمـا يتمـيز إبـرام العقود الإدارية بتقييد حرية الإدارة في اختيار الطرف الآخر في العقد[٣].

الفرع الثاني

في مرحله التنفيذ والآثار

من المبادئ المستقرة في القانون المدني أن العقد شـريعة المتعـاقدين، فـلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون وهـذه قاعدة أساسية مسلم بها في القانون الخاص، ومؤداها أن العقد ما دام قد نشأ صحيحـاً ملزما، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين، أو للأسباب التـي يقررها القانون ، وإذا كان المفهوم المدني للتعاقد يجد تلخيصه في القاعدة السـابقة وهي ان "العقد شريعة المتعاقدين" فإن هذه القاعدة تكاد لا تجد لها مكانا في المفـهوم الإداري.

---

(١) كنعان ، نواف ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني، ص ٢٣٢.

(٢)درويش ، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري ، مجلة العدالة ، ص ٢٧-٣٥.

(٣) حول وسائل تعاقد الإدارة انظر : العطار ،وسائل تعاقد الإدارة ، مجلة مجلس الدولة ، ص ٢٥١-٣٢٧، درويش ، حسين ، وسائل تعاقد الإدارة ، مجلة العدالة ص ٢٧-٣٢، خطار، دراسات ، مرجع سابق، ص ١٥-٥٤، كنعان، مرجع سابق ، ص ٢٣٢-٣٥٢.

فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة ، إذ بكفتي المتعاقدين في العقود الإدارية غير متكافئة تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، و نتيجة لهذه الفكرة الجوهرية التي تسيطر على أحكام العقود الإدارية، فقد اعترف القضاء الإداري الفرنسي والمصري في مجال تنفيذ العقود الإدارية بمجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في مواجهة متعاقديها لضمان تنفيذ العقد الإداري(١). ومن أهم السلطات التي تتمتع بها الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري مراقبتها تنفيذ شروطه وتوجيه أعمال التنفيذ ، وسلطتها في تعديل شروط العقد بالإرادة المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة، دون أن يدفع الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما تتمتع الإدارة بسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته والتي قد تصل إلى حد فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، كما تتمتع أيضا بسلطة إنهاء العقد الإداري بإرادة منفردة ودون رضا المتعاقد وحتى بدون صدور أي خطأ من جانبه لدواعي ضرورات المصلحة العامة، وحسن سير المرفق العام بانتظام و اضطراد.

وفي المقابل، فإن المتعاقد يملك دائماً مقاضاة الإدارة والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه اثر ممارسه الإدارة سلطاتها إذا قدّرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وأساس ذلك إن إيثار ضرورات المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإداره، ليس معناه التضحية بهذه المصالح، بحيث يتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده جميع الأضرار(٢).

---

(١)وصفي، مصطفى كمال ، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري ، مجلة العلوم الإدارية ، ص ١٤٣

(٢)درويش ، مرجع سابق، ص ٣٢.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على كلا النوعين من عقود الإدارة

على ضوء ما ذكرنا، نجد أن الإدارة كطرف في العقد الإداري تتمتع بامتيازات وسلطات في مواجهة المتعاقد معها تسمح لها بإرغامه على القيام بما تأمره من أعمال، ومناط ذلك احتياجات المرفق العام الذي تستهدف تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، **وهذا ما أكدته محكمه العدل العليا الأردنية** حيث قضت " يتسم العقد الإداري بطابع خاص يجعله مستقلاً عن العقد المدني، إذ أنه يقوم على إشباع احتياجات المرفق العام حتى يسير بانتظام، فإذا قصرّ المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فإن من حق جهة الإدارة ان تتخذ الإجراءات التي تكفل تنفيذ العقد وفقاً لمصلحة المرفق ، وإنجاز الأعمال المطلوبة على أحسن وجه"[١].

ولا شك أن مثل هذه السلطات والامتيازات لا وجود لها في مجال العقود المدنية، حتى لو كانت الإدارة طرفاً فيها، ونجم عن هذا الاختلاف الجوهري تباين القواعد القانونية الواجبة التطبيق على كلا النوعين من عقود الإدارة.

فعقود الإدارة المدنية تخضع لأحكام ونصوص القانون المدني، أما العقود الإدارية فهي نظرية قائمة بذاتها، وتطبق عليها أحكام وقواعد القانون العام، وهي أحكام من خلق القضاء الإداري ، ومن هنا يختلف القضاء الإداري عن القضاء المدني ويتميز عنه، فالقضاء المدني مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق النصوص المقننة الموجودة مقدماً، أما القضاء الإداري فهو قضاء إنشائي لا مناص له إلا إيجاد الحل المناسب ، وبهذا أرسى القواعد لنظام قانوني قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق العامة، وإيجاد مراكز التوازن والمواءمة بين ذلك وبين المصالح الفردية، فابتدع نظريّته التي استقل بها ،في هذا الشأن أو سبق بها

(١)عدل عليا، رقم ٩٧/١٨١، المجلة القضائية لسنة ١٩٩٧ ، عدد (٣) ، ص٤٩٣.

القانون الخاص[١]، وإذا كان القاضي الإداري يستقل في ابتداع القواعد التي تطبق على العقود الإدارية بما يتفق واحتياجات المرافق العامه، ومقتضيات حسن سيرها، إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة استبعاد أحكام وقواعد القانون الخاص كليّة، ذلك أن بعض القواعد والمبادئ ، خاصة تلك التي تمليها طبيعة الأمور ومقتضيات العدالة، مما لا يختلف فيه القانون العام عن القانون الخاص، مثل هذه القواعد والأصول العامة تسري على العقود الإدارية ، وللقضاء الإداري أن يهتدي بها عند الفصل في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية[٢].

وبمعنى آخر ، حيث لا يوجد حكم خاص مميز للعقد الإداري، فلا ضير على القاضي الإداري إن هو طبق أحكام القانون الخاص، التي وضعت أصلاً لتحكم العقود بصفة خاصة، وهذا كله لا يغير من طبيعة العقود الإدارية وتميزها بخصائص ذاتية، ولا يقيد من حرية القاضي الإداري في ابتداع الحلول والنظريات التي تنشأ في مجال القانون العام.

المطلب الثالث

القضاء المختص بالنظر في منازعات العقود الإدارية

تختلف الدول في تنظيمها القضائي، فالبعض منها يأخذ بنظام القضاء الموحد والبعض الآخر يأخذ بنظام القضاء المزدوج.

ويعني النظام القضائي الموحد أن تنظر المحاكم العادية في جميع المنازعات التي تثار ما بين الدولة بوصفها سلطة عامة، أو شخصاً عادياً، أو بين الأفراد بعضهم البعض ، بما في ذلك المسائل ذات الصفة الإدارية [٣].

---

(١) الطماوي، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٢)وهذا ما أكدته الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادرة في ١٩٦٢/٣/٣١ ، كذلك أحكام محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٨٥/١/١٩وحكمها الصادر في ١٩٥٩/٣/٢٢ وجميع هذه الأحكام تؤكد أن للقضاء الإداري أن يقتبس من القواعد المدنية ما يتلاءم وطبيعة روابط القانون العام، كما له أن ينسقها ويطورها وفقاً لاحتياجات سير المرافق العامة والتوفيق وبين ذلك وبين حقوق الأفراد ، الطماوي ، مرجع سابق ، ص ٢٥-٢٧.

(٣)عبد الهادي ، بشار، دراسات وأبحاث في القانون الإداري ، ص ٥٥.

أما النظام القضائي المزدوج ، فيعني تقسيم المحاكم في الدول إلى محـــاكم عادية تنظر في جميع المنازعات التي تثور ما بين الدولة والأفــراد ، أو مـــا بيـــن هؤلاء الأفراد بعضهم البعض فيما عدا المنازعات الإدارية، ومحاكم إدارية تنظـــر في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية فقط [1].

ويأخذ الأردن بالنظام القضائي المزدوج فهناك قضاء عادي ينظر في جميـــع المنازعات فيما عدا الإدارية منها، وقضاء إداري تمثله محكمة العدل العليا وتختـص بالنظر في المنازعات الإدارية.

وبالنسبة للعقود الإدارية، كجزء من نظريات القانون الإداري ، فـــالأصل أن يختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بـــها القضـــاء الإداري ،باعتبـــاره صـــاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في المنازعات الإدارية .

وسنتناول فيما يلي القضاء المختص بالفصل في منازعات العقود الإدارية في كل من فرنسا، ومصر، وأخيرا الأردن.

الفرع الأول
في النظام القضائي الفرنسي

تعتبر نظرية العقود الإدارية نظرية قضائية من صنع مجلس الدولة الفرنسي، وهي احدث إنجازاته على الإطلاق ، ولقد مر اختصاص مجلس الدولـــة الفرنســـي بالنظر في منازعات العقود الإدارية في مرحلتين أساسيتين :

المرحلة الأولى: اختصاص القضاء الإداري بـــالنظرفي منازعـــات العقـــود الإدارية بتحديد القانون.

نص المشرع الفرنسي في هذه المرحلة على أنواعٍ معينةٍ من العقود الإداريـــة واخضع الاختصاص بشأن ما يدور حولها من منازعات للقضاء الإداري، وهـــذه

(١)عبد الهادي ، مرجع سابق، ص٥٥.

العقود هي عقود الأشغال العامة، وبيع أملاك الدولة ، وشغل الدومين العام، أما فيما عدا ذلك من عقود الإدارة فهي تخضع لاختصاص القضاء العادي الذي يطبق عليها أحكام العقود المدنية .

المرحلة الثانية : اختصاص القضاء الإداري بالنظر في منازعات العقود الإدارية بطبيعتها.

تميزت هذه المرحلة بشكل أساسي بظهور معيار المرفق العام كأساس لتحديد اختصاص القضاء الإداري وتطبيق القانون الإداري، بعد أن هجر الفقه والقضاء ولأسباب عديدة معيار السلطة العامة، وتبنى ابتداء من عام ١٨٥٥ معيار المرفق العام[١] . ومؤدى هذا المعيار أن يختص القضاء الإداري بكل نزاع يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة في الدولة، وبإعمال المعيار الجديد، امتد اختصاص القضاء الإداري إلى العقود الإدارية التي تتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة متى توافرت شروط أخرى يحددها الفقه والقضاء ، وقد ترتب على ذلك أن اكتسبت عقود الإدارة الصفة الإدارية استناداً إلى خصائصها الذاتية وليس بناء على إرادة المشرع.

الفرع الثاني
في النظام القضائي المصري

لما كانت نظريه العقود الإدارية نظرية قضائية - ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي- شأنها شأن سائر نظريات القانون الإداري، فقد ارتبط ظهور النظرية في مصر بوجود قضاء إداري يستقل بالفصل في المنازعات الإدارية ، ولهذا فإنه لا يمكن الحديث عن نظريه العقود الإدارية في مصر قبل عام ١٩٤٦ ، وهو تاريخ إنشاء مجلس الدولة المصري، لذا يجري الفقه المصري على التمييز في هذا الصدد بين مرحلتين، مرحلة ما قبل إنشاء مجلس الدولة والمرحلة التالية لإنشائه.

---

(١) حلمي ، عمر ، مرجع سابق، ص٣٣٥.

المرحلة الأولى : قبل إنشاء مجلس الدولة المصري

كانت المحاكم النظامية بنوعيـــها- أهلية ومختلطة- هي الجهة القضائيــــة المختصة بالنظر في منازعات العقود كافة، ولم تكن تعرف القواعد الإدارية الخاصة بالعقود الإدارية ، بل كانت تطبق أحكام وقواعد القانون المدنـــــي، وقـــد أدى هـــذا المسلك بطبيعة الحال إلى هدم كل لبنة لبناء نظرية متكاملـــة تحكـــم عقـــود الإدارة وتميزها عن عقود القانون المدني، وتطبيقاً لذلك رفض القضاء المصري استناداً إلى قوة العقد الملزمة ، حق الإدارة في تعديل بنود العقود بإرادتها المنفردة[1].

المرحلة الثانية: بعد إنشاء مجلس الدولة المصري

لم يتغير الوضع عما كان عليه سابقاً، إذ جاء قانون مجلس الدولة المصـــري الأول لعام ١٩٤٦ ،خالياً من أية إشارة حول اختصـــاص المجلـــس بـــالنظر فـــي المنازعات التي تثار بصدد عقود الإدارة، ولما كان اختصاص المجلس محدداً علـــى سبيل الحصر ، فقد احتفظت المحاكم النظامية باختصاصها كاملاً في مجال العقـــود الإدارية، وظل الأمر كذلك حتى صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ،حيـــث منـــح المشرع المصري مجلس الدولة في المادة الخامسة منـــه صلاحيـــة النظـــر فـــي المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريدات الإدارية التـــي تنشـــأ بين الحكومة والطرف الآخر ، بمعنى آخر منح المشرع مجلس الدولـــة المصـــري صلاحية الـــنظر بمنازعات العقود الإدارية بتحديد القانون.

وبقي الأمر كذلك حتى صدور قانون المجلس رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ،حيـــث امتد اختصاص القضاء الإداري للنظر في منازعات العقود الإدارية كافة ولم يقصـــر على عدد معين من عقود الإدارة حيث نصت المادة العاشرة منه علـــى أن "يفصـــل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالـــتزام والأشغال العامة، والتوريدات أو أي عقد إداري آخر"،وبذلك أصبحت العقود الإدارية في مصر عقوداً إداريةً بطبيعتها وفقاً لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ، ولا وفقاً لإرادة المشرع، وقد التزم المشرع المصري ذات النهج في قانونيه التاليين رقـــم ٥٥

---

(١) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٣٥.

لسنة ١٩٥٩ ،ورقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، ولعل أهم ما ترتب على اختصاص مجلس الدولة بالنظر في منازعات العقود الإدارية بطبيعتها بأن شغل الفقه والقضاء الإداريين بالبحث عن معيار لتمييز العقود الإدارية بالمعنى الفني عن عقود الإدارة المدنية .

الفرع الثالث
في النظام القضائي الأردني

إذا كانت منازعات العقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر، فإن الوضع في الأردن مختلف ، فالمشرع الأردني لم يمنح القضاء الإداري ممثلاً بمحكمة العدل العليا في جميع مواد القوانين المتعلقة - بها صلاحية الفصل في منازعات العقود الإدارية[١]، لذا فإن القضاء المختص بالنظر في منازعات العقود الإدارية هو القضاء العادي باعتباره صاحب الولاية العامة بالنظر في منازعات العقود، وقد أكدت محكمة العدل العليا عدم اختصاصها بالنظر في هذه الطائفة من المنازعات وكانت في كل مرة تحيل الاختصاص فيها إلى المحاكم العادية ، فقد قضت "أن العقود إذا أبرمت لا يصح أن تكون محل طعن بالإلغاء ، ذلك أن قانون تشكيل المحاكم قد أورد على سبيل الحصر القرارات الإدارية التي تخضع للطعن بالإلغاء ولم يجعل العقود الإدارية قابله للطعن لدى محكمة العدل العليا[٢]"، كما قضت "بأنه إذا مارست الإدارة عملا تعاقديا، وليس كسلطة إدارية، ففي هذه الحالة لا يعتبر التصرف من قبيل القرارات الإدارية، ولا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في دعوى إلغائها"[٣] وقضت أيضاً "تختص المحاكم العادية

([١])وهذه المواد هي : المادة العاشرة من قانون تشكيل المحاكم النظامية لسنة ١٩٥٢، المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا رقم ١٦ لسنة ١٩٨٩ . المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ . حيث حددت هذه المواد المسائل الداخلة في اختصاص محكمة العدل العليا، ولم يرد في أي منها أي شيء يتعلق باختصاصها بمنازعات العقود الإدارية .

([٢])عدل عليا ٨٢/٦ مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٨٢، (عدد ٧ ، ص٩٨٢).

([٣])عدل عليا ٧٧/٨٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، ١٩٧٨، ع (١-٢) ، ص٤٨ .

بالنظر في المنازعات الخاصة بانعقاد العقد وصحته او تنفيذه أو انقضائه أو فسخه"[١].

مما ذُكر، يتبين لنا أنه لا يوجد في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية مبادئ قانونية تحكم العقود الإدارية[٢]، لأنها ليست مختصة بالنظر بالطعون الخاصة بها و يجب الرجوع إلى أحكام القضاء العادي، لأنه المختص بالنظر في هذه الطعون.

ولكن تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت محكمة العدل العليا لا تختص بالنظر في المنازعات التعاقدية، فهي مختصة بالنظر في طعون إلغاء القرارات الإدارية غير السليمة والقابلة للفصل عن عقود الإدارة، ذلك أن العملية العقدية عمليه مركبة تندمج فيها العديد من الإجراءات القابلة للانفصال عنها ، وهي قرارات إدارية قابله للطعن بالإلغاء أمام محكمه العدل العليا[٣].

وبناء عليه ، يوزع اختصاص النظر بمنازعات العقود الإدارية ما بين القضاء العادي باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل بالنظر في منازعات العقود، وبين محكمة العدل العليا المختصة بطعون إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن عقود الإدارة.

وهذا ما أكدته محكمه العدل العليا حيث قضت بأن "من المتفق عليه فقهاً وقضاءً وما جرى عليه اجتهاد محكمه العدل العليا، أن العقد الإداري يمر في عملية مركبة تقتضيها طبيعته: المرحلة الأولى تمهيدية، حيث تستقل الإدارة بصفتها سلطة

---

(١)عدل عليا ٧٩/٤٠ ، مجلة نقابة المحامين الأردنين، ١٩٨٠، ع(٣) ص٢٧٥.
- انظر أيضا عدل عليا ٧٧/١٧، مجلة نقابة المحامين الأردنين، ١٩٧٨، ع (١،٢)، ص ٢٧٥.
- عدل عليا ٧٧/٢٤، مجلة نقابة المحامين الأردنين، ١٩٧٧، ع (٥،٦)، ص٦٤١.
- عدل عليا ٨١/٦٩، مجلة نقابة المحامين الأردنين، ١٩٨١، ع(٢)،ص٢٨٨.
- عدل عليا ٩٥/١١١، مجلة نقابة المحامين الأردنين، ١٩٩٧، ع(٢)، ص٦٦٢.
- عدل عليا ٩٧/٢٧٠، المجلة القضائية، ١٩٩٧، ع(٥)، ص ٦٩١.

(٢)كنعان، مرجع سابق، ص ٣١٦.

(٣) خطار، مرجع سابق، ص ١١٠.

عامة بإصدار القرارات الإدارية المنفردة، وتحديد المراكز القانونية قبل إحالة العطاء، وهذه القرارات في هذه المرحلة تأخذ شكل القرارات الإدارية بالمعنى المقصود بذلك، ويحق لأي متضرر الطعن بها أمام القضاء الإداري، أما المرحلة الثانية ، فتستقل بها الإجراءات ويصبح أي نزاع محكوماً بالعقد وما يلحقه من قواعد قانونيه، وتصبح الإدارة طرفاً فيه"[١].

لذا ، يجب التفرقة وفقاً لقضاء محكمه العدل العليا بين مرحلتين أساسيتين في العقد.

المرحلة الأولى : المرحلة التمهيدية

حيث تعتبر القرارات الصادرة في هذه المرحلة قرارات أداريه قابله للطعن بالإلغاء لدى محكمه العدل العليا ومن الأمثلة عليها:

- قرار وضع شروط المناقصة، والإعلان عنها، وتلقي العطاءات المقدمة فيها، ثم المفاضلة بين العطاءات ، فإرسال المناقصة[٢].
- قرار اللجوء إلى أسلوب العقد ، وقرارات إحالة العطاء، فقد قضت محكمة العدل العليا "يعتبر قرار لجنة العطاءات الخاصة بالخطوط الجوية الملكية الأردنية المتضمن إحالة العطاء موضوع الدعوى قراراً إدارياً تتوفر فيه خصائص القرار الإداري"[٣].
- قرار رفض الالتجاء إلى المناقصات والمزايدات، ففي هذه الحالة لا نكون أمام قرار إداري تم فصله عن العملية العقدية، إذ لا توجد عملية عقدية أساساً، وإنما نكون إزاء مجرد طعن في قرار إداري مستقل ، ويقترب من هذه الصورة القرارات الصادرة بإلغاء المناقصة أو المزايدة بعد الالتجاء إلى هذا الأسلوب للتعاقد[٤].

---

(١)عدل عليا رقم ٩٧/٢٧٠، المجلة القضائية ، ١٩٩٧، ٢-عدد(٥)، ص ٦٩١، عدل عليا رقم ٦٥/٣٩، مجلة نقابة المحامين الأردنيين،سنة ١٣،عدد (٧)، ص ٩٤٥، عدل عليا رقم ٥٥/٧٢، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة ٤، عدد (٥)، ص٢٧٠.

(٢)عدل عليا رقم ٥٦/٢٢، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، سنة ٤، عدد (٧)، ص ٣٩٩.

(٣)عدل عليا رقم ٩٥/٣٦٥ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٩٧، عدد(٣)،ص١٠١٥.

(٤)حشيش، عبد الحميد، القرارات القابله للإنفصال وعقود الإدارة ، ج(١)، مجلة مصر المعاصرة، ص ٤٩٣-٥٥٥.

المرحلة الثانية : مرحلة تنفيذ العقد

تعتبر قرارات تنفيذ العقد جزءاً من العملية العقدية ، وهي غير قابلة للفصل عنها وبالتالي يخضع الاختصاص بها لقاضي العقد ، ولا تقبل الطعن بالإلغاء لدى محكمة العدل العليا، وهذا ما أكدته محكمه العدل العليا حيث قضت أن "المنازعة في مرحلة التنفيذ، منازعةً على الحق ، وحول تفسير العقد، وحقوق أطرافه، ومدى الالتزام بشروطه، وهي منازعةً يحكمها العقد وشروطه وتعتبر من المنازعات الحقوقية التي تختص بالنظر فيها المحاكم المدنية عملاً بالمادة الثانية من قانون تشكيل المحاكم النظامية[١] "

ومن الأمثلة على هذه القرارات:

- القرار الصادر بمصادره الكفالة حيث قضت محكمه العدل العليا بأن " النزاع حول قيام سلطة الكهرباء الأردنية بمصادرة الكفالة وتحميل المقاول (المستدعية) فرق السعر الذي يترتب على شراء المواد موضوع العطاء من مصادر أخرى نتيجة اعتذار المستدعية عن تنفيذ العطاء المحال عليها وفقاً لأحكام المادة (٧/ن) من نظام مقاولات و أشغال سلطة الكهرباء ، وشروط العقد، هو في حقيقته نزاع حقوقي حول تفسير العقد وحقوق أطرافه الذي تختص به المحاكم النظامية وليست منازعة صحة قرار اداري، وتكون دعوى المستدعية مردودة شكلاً لعدم الاختصاص[٢]".
- القرار الصادر بمصادرة التأمين والشراء على حساب المتعاقد[٣]
- القرار الصادر بفسخ العقد و إنهائه حيث قضت " أن صدور قرار القائد العام بفسخ قرار إرسال المناقصة بعد انعقاد العقد وبوصفه أحد طرفيه، يجعل النزاع في هذه الحالة حقوقياً لا إدارياً ، ويعود النظر فيه إلى المحاكم الحقوقية ويخرج

---

(١)عدل عليا رقم ٩٧/٢٧٠، المجلة القضائية لسنة ١٩٩٧، عدد(٢)، ص٦٩٩.

(٢)عدل عليا ٩٥/١١١، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، ١٩٩٧، عدد(١،٢) ص٦٢٦.

(٣)عدل عليا ٧٤/٨٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٧٥، ع(١،٢) ص١٢٠.

عن اختصاص محكمة العدل العليا[1]" وهذا ما أكدته أيضـــا محكمـــة التميـــيز حيث قضت بأن " فسخ العطاء من قبل البلدية ، ومنع المتعهد من تنفيـــذه عنـــد إبرام اتفاقية تنفيذ العقد هو فسخ للعقد ذاته، و هو تصـــرف عقـــدي ، وتختـــص محكمة البداية بالنظر بما ينشأ من التزامات على الطرفين، وعليه فلا يرد الدفـــع المثار من قبل البلدية ، بأن فسخ العطاء هو قرار إداري يخضع للطعـــن أمـــام محكمة العدل العليا[2]"

(١) عدل عليا ٧٧/٢٤ مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٧٧، ع (٥،٦) ص٦٤١ وعدل عليا ٧٧/١٠٦، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٧٨، ع(٨) ص٩٥٣.

(٢)تمييز حقوق ٨٧/٢٣٩، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٩٠، ع(١)، ص٨٨.

الفصل الأول

سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم

الفصل الأول

سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم

يخضع تنفيذ العقود لأصلٍ عام من أصول القانون ، يقضي بأنه يجب تنفيذها بطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية[١] ، ولا شك أن هذا الأصل أولى بالإتباع لتنفيذ العقود الإدارية منه في العقود المدنية ؛ بالنظر لاتصال العقد الإداري بالمرفق العام، فكل إخلال من جانب المتعاقد لا يعدّ إخلالاً بالتزام عقدي فقط ، بل أنه ينطوي على المساس بالمرفق العام، كما أنه قد يترتب على هذا الإخلال إحداث اضطراب خطير من الناحية الاقتصادية .

وبناءً عليه ، تملك الإدارة في مواجهة المتعاقد معها – ومن أجل المحافظة على سير المرفق العام بانتظام واضطراد – توقيع العديد من الجزاءات[٢] إذا أخل هذا المتعاقد بالتزاماته، كما لو أهمل أو قصّر في تنفيذ هذه الالتزامات ، أو لم يحترم المدد المحددة للتنفيذ، أو غيرها من المخالفات التي تمثل خطأً تعاقدياً من جانب المتعاقد.

وتتفاوت قسوة أو شدة هذه الجزاءات تبعاً لمدى جسامة مخالفة المتعاقد لالتزاماته التعاقدية ، فقد تصل إلى حد إنهاء العلاقة العقدية ذاتها وانقضاء العقد الإداري قبل انتهاء مدته المحددة له .

---

(١) وهذا أكدته المادة ١/٢٠٢ من القانون المدني الأردني حيث نصت على مايلي:
" يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية "

(٢) وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا حيث قضت " يتسم العقد الإداري بطابع خاص يجعله مستقلاً عن العقد المدني ، اذا أنه يقوم على إشباع احتياجات المرفق العام حتى يسير بانتظام ، فإذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإن من حق الإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذ العقد وفقاً لمصلحة المرفق العام" عدل عليا ٩٧/١١٨، المجلة القضائية ، ١٩٩٧ عدد (٣) ، ص ٤٩٣.

وتأخذ الجزاءات المنهية للعقد الإداري – في العمل – صورتين :-

- **الصورة الأولى** : جزاء الفسخ بالنسبة للعقود الإدارية بصفة عامة، إذ تملك الإدارة – من تلقاء نفسها – توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد معها ودون حاجة إلى اللجوء مقدماً للقضاء، أي بمجرد قرار انفرادي صادر من جانبها وحدها، ويعتبر ذلك تطبيقاً لامتياز المبادرة الذي تملكه الإدارة في مجال العقود الإدارية والذي لا مقابل له في عقود القانون الخاص .

- **الصورة الثانية** : إسقاط الامتياز بالنسبة لعقود امتياز المرافق العامة بصفة خاصة، إذ لا تملك الإدارة في مثل هذه الطائفة من العقود الإدارية توقيع جزاء الإنهاء من تلقاء نفسها ، بل لا بد من اللجوء إلى القضاء للحكم به ، إلاّ إذا احتفظت الإدارة لنفسها بهذا الحق بمقتضى نص صريح في العقد أو في دفاتر الشروط.

في ضوء ما تقدم ،فإن دراسة سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية لخطأ المتعاقد يتطلب دراسة هاتين الصورتين للإنهاء .

وبناءً عليه، سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتكلم في المبحث الأول عن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة بالنسبة للعقود الإدارية عامة، بينما سنخصص المبحث الثاني لدراسة إسقاط الامتياز باعتباره تطبيقاً خاصاً لسلطة الإدارة في إنهاء عقود امتياز المرافق العامة بصفة خاصة .

المبحث الأول
الفسخ بإرادة الإدارة المنفردة

يعتبر الفسخ بإرادة الإدارة المنفردة من الخصائص البارزة والمميزة للعقد الإداري عن العقد المدني ، حيث تملك الإدارة العامة من جانبها وحدها – ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء – إنهاء العقد الإداري في حال إخلال المتعاقد معها لالتزاماته المفروضة عليه إخلالاً جسيماً.

وتعود سلطة الإدارة بالفسخ بإرادتها المنفردة، إلى حق الإدارة في العدول عن مشاركة متعاقد لم يعد قادراً على الوفاء بالتزاماته بشكلٍ مرضٍ ، أو أخلّ بالتزاماته بشكل يتعذر معه الاستمرار في العلاقة التعاقدية بينهما ، مما يؤثر على سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

ولا شك أن سلطة الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة ليست سلطة مطلقة ولكنها سلطة قانونية تمارسها الإدارة طبقاً لشروط محددة مستقر عليها في الفقه والقضاء المقارن .

وسوف نتناول دراسة سلطة الإدارة في الفسخ بإرادة منفردة من حيث التعريف بها ، وشروط ممارستها،وأخيراً التعرف لأهم الآثار المترتبة عليها .

وبناءً على ما تقدم ، ولدراسة هذه الجوانب المتعلقة بسلطة الإدارة في الفسخ بالإرادة المنفردة ، سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، نتناول في أولها التعريف بالفسخ الإرادي ، وندرس في ثانيها الشروط اللازمة لممارسته ، ونحدد في ثالثها آثاره.

المطلب الأول

التعريف بالفسخ بالإرادة المنفردة

سوف نقسم الحديث في هذا المطلب إلى فرعين، نلقي الضوء في أحدهما وبصورة محددة على المقصود بالفسخ الإرادي ، ثم نوضح في الآخر الطبيعة القانونية له مع بيان الآثار القانونية المترتبة على ذلك .

الفرع الأول

تعريف الفسخ الإرادي

يعرّف جانب من الفقه الفسخ بإرادة الإدارة المنفردة بأنه" ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المتعاقد المقصّر في تنفيذ التزاماته عن العقد ، والذي يترتب عليه استبعاد المتعاقد نهائياً عن تنفيذ العقد ، أو من الاستمرار في تنفيذه" [١].

ويعرّفه جانب آخر بأنه " إنهاء الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها بشكل حاسم، أي تصفية جميع آثار العلاقة التعاقدية بينهما إذا ما ارتكب المتعاقد خطأ لم يعد من الممكن استمراره في العلاقة التعاقدية[٢] " .

كما يعرّفه جانب آخر بأنه" إنهاء العقد الإداري بصفة قاطعة وانقضاء الروابط العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها بصفة نهائية ، وبالتالي استبعاد المتعاقد من تنفيذ الالتزامات موضوع العقد المبرم مع الإدارة نتيجة للأخطاء الجسيمة المرتكبة من هذا المتعاقد في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد " [٣].

---

(١) المريدي، السلال سعيد ، ١٩٩٤، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة ، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، ص ١٢٢.

(٢) الفياض ، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

(٣) السيد ، محمد صلاح ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، ص ٣٢٢.

ومما يلاحظ على هذه التعريفات أنها جاءت قاصرة لم تبرز الجانب الأهم للفسخ الإرادي من جانب الإدارة وهو أن الإدارة تملك تقرير الفسخ بقرار انفرادي يصدر من جانبها وحدها بناءً على سلطتها التقديرية ، ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لتقريره .

وفي ضوء ما تقدم ، فالرأي عندنا أن الفسخ بإرادة منفردة هو " عقوبة قاسية تملكها الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها، بقرار انفرادي صادر من جانبها، وبناء على تقديرها وحدها إذا ما قصّر هذا المتعاقد ، أو أخل في تنفيذ التزاماته إخلالاً جسيماً مما يترتب عليه إنهاء العقد الإداري واستبعاد المتعاقد من تنفيذ الأعمال محل العقد".

ويستهدف الفسخ الإرادي حماية استمرارية سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ، وبذا يجب السماح للإدارة بأن تنهي العقد عندما يظهر لها بصورة قطعية أن المتعاقد لم يعد قادراً على الوفاء بالتزاماته على وجه مرضٍ[1] ، أو عندما يتضح أن المتعاقد معها لم يعد قادراً على تأمين تنفيذ العمل مما يعرض المرفق للخطر بدرجة كبيرة[2].

ولكن التساؤل المهم الذي يثار فيما إذا كان جزاء الفسخ في العقود الإدارية مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني، أم أنه يعتبر ذو طبيعة خاصة ؟

انقسم الفقه الفرنسي في هذا الصدد إلى اتجاهين :-

الاتجاه الأول :-

يرى جانب من الفقه أن الفسخ الإرادي للعقود الإدارية لعدم التنفيذ ليس إلاّ تطبيقاً للمبدأ الذي قررته المادة ١١٨٤ من القانون المدني والتي تنص على أن

---

(١) عياد ، مرجع سابق ، ص ٣٦٢،

(٢) عباس ، عبد الهادي ، عقود إدارية ، الجزءالثاني ، ص٢٢٨.

الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً في العقود الملزمة للجانبين في حالة إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزامات [1] .

الاتجاه الثاني :-

ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الفسخ الإرادي والذي تملكه الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ، ليس تطبيقاً لأي نص من نصوص القانون المدني ، وأن الأصل عدم تطبيق نصوص القانون المدني على حالة فسخ العقد الإداري ، حيث لا يمكن الاستعانه بأي مادة من القانون المدني بصفة قاطعة ، وإنما تطبق فقط مبادئ العدالة التي يمكن أن تستلهم من هذه النصوص ، وحتى مجال تطبيق مبادئ العدالة المقررة في هذا المجال فيجب أن يلاحظ أن هذه المبادئ يمكن أن تستلزم تعديلات ، وذلك لأن المتعاقدين ليسوا أفراداً، وإنما أحدهم – وهي الإدارة العامة – تعمل من أجل سير المرافق العامة[2] .

ولذلك فيرى أنصار هذا الاتجاه أنه من الخطأ تطبيق المادة ١١٨٤ ،من القانون المدني الفرنسي على العلاقات بين الإدارة ومتعاقديها.

والرأي الذي نميل إلى قبوله هو الرأي الثاني والذي يرى أن الفسخ الإرادي ليس تطبيقاً لأي نص من نصوص القانون المدني وإنما يعتبر ذو طبيعة خاصة ، وسندنا في قبول هذا الرأي أن النظام القانوني للفسخ الإرادي للعقود الإدارية يختلف عن النظام القانوني للفسخ في عقود القانون الخاص من عدة نواح:

فمن ناحية ، تملك الإدارة صاحبة العمل أن توقع جزاء الفسخ من تلقاء نفسها، وبإرادتها المنفردة ، بينما لا يستطيع أي من المتعاقدين في عقود القانون الخاص أن يقرر فسخ العقد من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يلجأ إلى القاضي المدني ليصدر حكماً بفسخ العقد لإخلال الطرف الآخر بالتزاماته .

---

(١) فياض ، عبد المجيد ، ١٩٧٤، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ص٢٧٦.

(٢) مشار إلى هذا الرأي في مؤلف السيد ، مرجع سابق ، ص ١٧٦.

ومن ناحية ثانية ، للقاضي في عقود القانون الخاص أن يمنح المدين أجلاً للتنفيذ ، إذا ما رأى في الظروف ما يبرر ذلك[١]، بينما لا يملك القاضي الإداري في مجال العقود الإدارية أن يمنح المتعاقد المقصّر أجلاً للتنفيذ لأن القاضي غير مختص بتقدير احتياجات المرافق العامة[٢] .

وأخيراً، يكون هدف الإدارة من فسخ العقد الإداري وقائياً[٣]، اذ لا تريد الإدارة مجازاة المتعاقد معها فقط ولكنها تريد كذلك المحافظة على سير المرفق بانتظام واضطراد، وذلك باستبعاد المتعاقد المقصّر والتعاقد من جديد لإتمام تنفيذ الأعمال ، بينما يهدف المتعاقد من فسخ العقد المدني الحصول على تعويضات من المتعاقد الآخر المقصّر .

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للفسخ الإرادي

درج المشرع على تضمين العقد ذاته أو دفاتر الشروط أحكاماً تمنح الإدارة صلاحية الفسخ بإرادة منفردة ، إذا أخل المتعاقد بالإلتزامات المفروضة عليه .

ولكن التساؤل المهم الذي يثار فيما إذا كانت الإدارة تملك توقيع هذا الجزاء حتى في حالة عدم ورود النص عليه صراحة في العقد أو في دفاتر الشروط العامة ؟ يرتبط هذا السؤال بسؤال آخر أهم حول الطبيعة القانونية للفسخ الإرادي ، وفيما إذا كان يعتبر من النظام العام أم لا ؟.

---

(١) الجمل ، هارون ، ١٩٧٩، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ص ٢٥٠.

(٢) السيد ، مرجع سابق ، ص ١٧٧.

(٣) وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا حيث قررت " إن جهة الإدارة وهي توقع الجزاءات على المتعاقد معها عند الإخلال بشروط العقد تستهدف المصلحة العامة وكفالة حسن سير المرفق العام ، وإنجاز الأعمال المطلوبة على أحسن وجه "،عدل عليا رقم ٩٧/١٨١، المجلة القضائية لسنة ١٩٩٧، عدد(٣) ، ص ٤٩٣.

انقسم الفقه الفرنسي بشأن التأبيد "أو على العكس" الاعتراض على أن منح الإدارة لسلطة الفسخ بإرادتها المنفردة متعلقاً بالنظام العام أم لا إلى اتجاهين متعارضين :-

الاتجاه الأول :-

- ينكر جانب من الفقه[١] حق الإدارة في توقيع الجزاء إلا إذا نص عليه صراحة في العقد أو في دفتر الشروط،فإذا لم يوجد نص وجب على الإدارة اللجوء إلى القضاء طالبة الفسخ أسوة بالمتعاقد الآخر ، وذلك إعمالاً لنص المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي والذي ينص على جزاء الفسخ إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالوفاء بالتزاماته ، فالاختصاص يكون قضائياً عند طلب الفسخ .

الاتجاه الثاني : -

- ويؤيد جانب آخر من الفقه[٢] – تؤيده أحكام القضاء الإداري – اعتبار الفسخ من النظام العام ، وإلى أن حق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ هو حق يتقرر لصالح الإدارة في جميع الأحوال وبقوة القانون حتى لو لم يكن منصوصاً عليه صراحة في العقد ، أو في دفاتر الشروط .

وإذا كان جزاء الفسخ مقرراً لصالح الإدارة بقوة القانون ، ودون حاجة للنص عليه في العقد ، فهل تملك الإدارة ان تتنازل نهائياً عن سلطتها في توقيع الفسخ على المتعاقد معها، بموجب نص صريح في العقد ينص على ذلك ؟ أو على الأقل أن تتنازل عن ممارسة سلطتها لقاضي العقد ليحكم به ؟ .

ترى غالبية الفقه أن الإدارة لا تملك التنازل عن سلطتها في فسخ العقد الإداري –بإرادتها المنفردة – ، إذ يعد مثل هذا التنازل غير مشروع، حيث لا يجوز للإدارة أن تتنازل بصفة عامة عن استخدام سلطتها في فسخ العقد لأن هذه السلطة ليست حقاً شخصياً، وإنما هي وظيفة تمارسها الإدارة [٣].

---

(١) مشار إلى هذه الآراء في رسالة فياض ، عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص ٢٧٠.

(٢) مشار إلى هذه الآراء في رسالة ،الموبدي ، مرجع سابق ، ص ١٢٧.

(٣) عبد اللطيف ، محمد ، نظرية التنازل في القانون الإداري ، ص ١٥٣.

ويترتب على ما تقدم أنه لا يمكن تصور أن تتعهد الإدارة مقدماً وبشكل كامل بعدم ممارسة الحق في فسخ العقد فإن هي فعلت ذلك ، فإنها تتنازل عن اختصاص فعلي وعن سلطة تعتبر من النظام العام مخصصة لضمان حسن سير المرافق العامة.

كما أن الاتفاق على استبعاد الفسخ بمقتضى شرط في العقد يعدّ في حكم الإعفاء من المسؤولية ، وهذا الشرط يتنافى مع النظام العام في القانون الخاص ، وبالتالي فهو أولى أن يكون كذلك عندما يتعلق الأمر بتسيير مرفق عام[1] .

وإذا كانت الإدارة لا تملك التنازل نهائياً عن سلطتها في فسخ العقد فإنها تملك التنازل عن هذه الصلاحية للقضاء، حيث ترى غالبية الفقه انه لا يوجد قانوناً ما يحول دون أن يستبعد العقد – بناءً على نص صريح – اختصاص الإدارة بممارسة سلطة الفسخ بإرادة منفردة للعقد الإداري وأن يعهد بهذه السلطة الخاصة إلى قاضي العقد[2] ، ولا يستطيع قاضي العقد – في هذه الحالة – أن يعلن عدم اختصاصه إذا مارفعت إليه الإدارة طلب الفسخ [3].

وإذا ما تنازلت الإدارة عن صلاحيتها في الفسخ إلى القضاء فإن القاضي يتمتع بصلاحية تقديرية لتقرير الفسخ ، حيث يقدر في كل حالة وعند اللزوم و بعد إجراءات التحقيق الضرورية ما إذا كانت شروط الفسخ مجتمعة في طلب الإدارة من عدمه[4] ، وبالتالي قبول طلبها في توقيع الفسخ أو رفضه .

وننوه إلى أن تنازل الإدارة عن سلطتها في الفسخ لا يستخلص ضمنا، بل لابد أن تعبر الإدارة صراحة عن ذلك، وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي ان " إنهاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة ، ومنح المقاول مهلة جديدة لأداء التزاماته، هو أمر من قبيل التسامح البحت ، ولا يسقط حق الإدارة في أن تفسخ العقد ، إذا ما استمر المقاول في عدم الوفاء بالتزاماته"[5]

-

(1) فياض ، عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص ٢٧٢.

(2) الموبدي ، مرجع سابق ، ص ١٣٧.

(3) الجمل ، مرجع سابق ، ص ٢٦٣.

(4) السيد ، مرجع سابق ، ص ٤٦٠.

(5) الجمل ، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

- موقف القضاء الأردني من الطبيعة القانونية للفسخ بإرادة منفردة :-

تعترف محكمة العدل العليا للإدارة بحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصّر في تنفيذ التزاماته من أجل المحافظة على سير المرفق العام بانتظام واضطراد، فإذا قصّر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإن من حق الإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذ العقد وفقاً لمصلحة المرفق العام [١].

ولكن التساؤل المهم الذي يثار فيما إذا كان القضاء الأردني يعترف للإدارة بحق توقيع جزاء الفسخ بإرادتها المنفردة ، حتى في حال عدم وجود نص قانوني أو تعاقدي يقرر للإدارة هذا الحق؟

باستقراء اجتهاد القضاء الأردني ، نجد أنه لا توجد أحكاماً صريحة تعطي للإدارة الحق في توقيع جزاء الفسخ في حال عدم وجود نص تعاقدي أو قانوني ، بل على العكس من ذلك، فإن القضاء الأردني – القضاء العادي – ينكر على الإدارة هذا الحق خارج نصوص العقد باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله أو نقضه أو إنهائه إلا بمقتضى نص صريح في العقد أو في القانون ، وهذا ما أكّده قرار محكمة التمييز رقم ٨٢/٢٥٣ حيث جاء فيه ما يلي:

" و بعد التدقيق، نجد فيما يتعلق بالتمييز المقدم من شركة ..... أن نائب القائد العام للقوات المسلحة قد قام بفسخ قرار إحالة العطاء موضوع الدعوى على الشركة المدعية استناداً لسبب واحد أن السعر الذي أحيل به العطاء كان عالياً ، و حيث أن قرار الإحالة استناداً لهذا السبب وإن كان مخالفاً للقانون، لأنه لا يجوز لأحد المتعاقدين فسخ العقد بإرادته المنفردة، إلا بالتقاضي أو بالتراضي أو بمقتضى نص في القانون عملاً بالمادة ٢٤١ من القانون المدني ......[٢]"

---

(١) عدل عليا رقم ٩٧/١٨١، المجلة القضائية ، لسنة ١٩٩٧، عدد (٣) ، ص ٤٩٣.

(٢) تمييز حقوق رقم ٨٢/٢٥٣ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، لسنة١٩٨٢، عدد ١١، ص١٥٦٥.

ووفقاً لقضاء محكمة التمييز فإنه تجب التفرقه بين وضعين :-

الوضع الأول : تضمين العقد نصاً صريحاً يمنح الإدارة صلاحية فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة . وفي هذه الحالة تعترف محكمة التمييز للإدارة بالحق في توقيع الفسخ بإرادتها المنفردة إعمالاً لشروط العقد ، فقد قضت محكمة التمييز "إن قرار القائد العام بفسخ العطاء ... هو قرار قانوني سليم صادر ممن يملكه **بمقتضى شروط العقد**"[1] .

الوضع الثاني : خلو العقد من أي أحكام تتعلق بالفسخ الإداري .

وفي هذه الحالة لا تعترف محكمة التمييز بحق في توقيع الفسخ بإرادتها المنفردة ، باعتبار ان العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز لاحد العاقدين فسخة أو تعديلة بالإرادة ا لمنفردة ، وذلك استناداً إلى نص المادة ٢٤١/ من القانون المدني الأردني .

ومما يلاحظ على قضاء محكمة التمييز ، أنها تطبق نصوص القانون المدني على العقد الإداري وهذا مخالف لما استقر عليه الفقه والقضاء المقارن من وجوب استبعاد نصوص القانون المدني فيما يتعلق بالفسخ على روابط القانون العام ، نظراً للإختلاف الجوهري بينهما، وما يترتب على تطبيق أحكام القانون المدني على العقود الإدارية من نتائج غير منطقية تتمثل في تقييد حرية الإدارة في فسخ العقد الإداري ، إذا ما وجدت أي مبرر لذلك ، مما يؤدي إلى عرقلة سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

نخلص مما تقدم ، أن القضاء النظامي الأردني – باعتباره المختص بفصل منازعات العقود الإدارية – لا يعترف للإدارة بحق توقيع الفسخ بإرادتها المنفردة في حال عدم وجود نص صريح في العقد أو القانون يمنحها هذا الحق .

ولذلك نرى ، ونظراً لما يترتب على هذا الحكم من نتائج غير سليمة، أن يعطى الاختصاص بالنظر في منازعات العقود الإدارية للقضاء الإداري - تمثله محكمة العدل العليا – باعتباره الأقدر على خلق وتأصيل نظرية العقود الإدارية والتي تختلف عن نظرية العقود المدنية .

---

(١) تمييز حقوق رقم ٦٧/٣٧٧، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٦٨، عدد (١، ٢)، ص٢٩٤.

المطلب الثاني
شروط ممارسة سلطة الفسخ بالإرادة المنفردة

تتمتع الإدارة بصلاحية تقديرية في توقيع سلطة فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها – لإخلاله بالتزامات المفروضة عليه – ولكنها ليست سلطة مطلقة تمارسها كيفما شاءت ، فالإدارة لا تملك توقيع جزاء الفسخ إلا إذا كان الخطأ المنسوب للمتعاقد جسيماً ولم تُجدِ في مواجهته الجزاءات الأخرى ، كما أن الإدارة ملزمة – كمبدأ عام – بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع جزاء الفسخ .

وفي ضوء ما تقدم ، فإن أهم شروط ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ بالإرادة المنفردة تتمثل في شرطين جوهريين **أولهما**: ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم في تنفيذ التزاماته ، **وثانيهما** : التزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع الفسخ عليه .
وسوف نقوم بشرح كل شرط من هذين الشرطين في فرع مستقل .

الفرع الأول
ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم

من المسلم به أن جزاء الفسخ يفترض وقوع أخطاء من قبل المتعاقد مع الإدارة [١] ، ولكن ليس كل خطأ ينسب إلى المتعاقد يبرر توقيع جزاء الفسخ ، بل قد يبرر توقيع جزاء آخر عليه مثل مصادرة التأمين أو الكفالة أو حتى التنفيذ على حساب المتعاقد المقصّر، أما الفسخ فلا يوقع إلاّ إذا ارتكب المتعاقد خطأ على درجة من الجسامة .

لكن متى يعتبر الخطأ جسيماً ؟ ويبرر للإدارة توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد معها؟ وإذا نص العقد أو القانون على أخطاء معينه لجزاء الفسخ فهل تلتزم الإدارة بمثل هذا النص، أم أنها تملك توقيع الجزاء لأخطاء أخرى خلاف المنصوص عليها؟

---

(١) فياض ، عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص ٢٧٦.

أولا : تعريف الخطأ الجسيم

من المسلم به في العقود كافة ، سواء كانت عقوداً إدارية أم مدنية أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب في ذلك، ويستوي أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهمال أو دون عمد أو إهمال[١].

ولكن – كما ذكرنا– فليس كل خطأ ينسب إلى المتعاقد يعتبر سبباً مبرراً لتوقيع الفسخ ، بل لا بد أن يرتكب خطأ على درجةٍ معينةٍ من الجسامة .

ويعتبر الخطأ جسيماً في حال إخلال المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري[٢] ، ويرى جانب آخر من الفقه أن الخطأ يعتبر جسيماً موجباً للمسئولية إذا كان هناك سوء نية من قبل المتعاقد ، أو إهمال، أو عدم تبصر ، بحيث يبلغ من الجسامة حداً يجعل له أهمية خاصة [٣].

ومما يجدر ذكره أن الإدارة وحدها تقرر ابتداءً مدى جسامة الخطأ وكفايته لتقرير جزاء الفسخ ، وذلك تحت رقابة القضاء[٤]، ومع ذلك إذا قدر القاضي أن الخطأ ليس جسيماً إلى حد يبرر الفسخ فهو لا يلغي قرار الإدارة الصادر بالفسخ[٥] ، ذلك أن القضاء الفرنسي لا يملك ولاية الغاء قرار الفسخ غير المشروع ، ولكنه يملك تعويض المتعاقد عن هذا القرار ، مع الأخذ بعين الاعتبار أخطاء المتعاقد الثابتة والتي يكون من شأنها رفض أي تعويض له .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ١٣٢٠ ، لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٦٩/١٠ ، الموسوعة الإدارية ، ص ٨٦٦.

(٢) الفياض ، ابراهيم ، مرجع سابق ، ص٢٢٥.

(٣) الزهيري ، مرجع سابق ، ص ٣٥٨.

(٤) الزهيري، مرجع سابق ، ص٣٥٨.

(٥) الجمل ، مرجع سابق ، ص ٢٦٩.

ثانيا : أمثلة وتطبيقات عملية وتشريعية لفكرة الخطأ الجسيم

إذا حدد العقد الإداري الأخطاء التي يمكن أن تنتج عن ارتكاب المتعاقد أحدها توقيع الفسخ عليه ، فلا يعني ذلك ، أن تلك الأخطاء ، قد وردت على سبيل الحصر" بل أنها أوردت على سبيل المثال ، حيث أنه يجب، بل ويكفي ، أن يرتكب المتعاقد خطأً جسيماً لتوقيع الفسخ عليه ، حتى ولو كان هذا الخطأ غير منصوص عليه ضمن الأخطاء المذكورة في العقد .

ودون شك ، لا يمكن إعطاء جدول كامل للأخطاء العقدية ، والتي بمقتضاها تملك الإدارة توقيع جزاء الفسخ ، لذلك سوف نأتي بأمثلة لها ، والتي غالبا ما تتردد في أحكام القضاء المقارن :-

- عجز المتعاقد عن تكملة التأمين المالي خلال المدة المقررة(١).
-رفض مقاول الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحة أو تركه الأشغال ، ووقفه التسليم ، أو اهماله ملاحظة المواعيد المقررة لإنهاء الأشغال (٢).
- التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة ، والتعاقد من الباطن(٣)، فيعتبر مثل هذا التنازل خطأً عقدياً يرتب أقسى العقوبات ،وهي فسخ العقد ،لإخلاله بالتزام أساسي وجوهري في العقود الإدارية "هو مبدأ الالتزام بالتنفيذ شخصياً".
- الغش والاحتيال في تنفيذ الالتزامات التعاقدية (٤).
- إفلاس المتعاقد والتصفية القضائية له (٥).

وقد يتدخل المشرع أحياناً لتحديد أخطاء المتعاقد التي تعطي للإدارة حق توقيع جزاء الفسخ عليه ، ومن ذلك ما نص عليه المشرع المصري في لائحة

---

(١) عياد ، مرجع سابق ، ص ٣٦٣.
(٢) الموبدي ، مرجع سابق ، ص ١٤٥.
(٣) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٥٤٨.
(٤)الطماوي ، مرجع سابق، ص ٥٤٨.
(٥) السيد ، مرجع سابق ، ص ٢٠٧.

المزايدات والمناقصات[١] من مخالفات يستحق المتعاقد بسببها فسخ العقد معه نذكر منها على سبيل المثال : -

- عدم قيام المتعاقد بأداء التأمين النهائي الواجب إيداعه في المدة المحددة (م ٤ ٢)
- استعمال المتعاقد الغش أو التلاعب في معاملته مع الجهة المتعاقدة (م ٢٧)
- ثبوت قيام المتعاقد بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر برشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون . (م ٢٧)
- إفلاس المتعاقد أو إعساره (م ٢٧)
- إخلال المتعاقد بأي شرط من شروط العقد (م ٢٨)

ويجمع الفقه المصري[٢] ، على أن هذه الحالات المنصوص عليها في لائحة المناقصات والمزايدات ليس واردة على سبيل الحصر وإنما وردت على سبيل المثال، لأن للإدارة حقاً أصيلاً في فسخ العقد إذا أخل المتعاقد بالتزاماته إخلالاً جسيماً يستلزم هذه العقوبة الصارمة .

وقد ذهب جانب من الفقه المصري[٣] ، إلى أن النص على بعض حالات الفسخ يفترض فيها المشرع جسامة وكفاية كمبرر للفسخ ،مما يجعل هذه الحالات تفلت من رقابة الملاءمة ، أما غيرها من حالات الخطأ التي لم ينص عليها فإنها تخضع لهذه الرقابة لقياس مدى خطورة الخطأ وجسامته وبالتالي صلاحيته كمبرر للفسخ .

---

(١) قانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، منشور في مجلة العلوم الإدارية ، عدد ١ ، ١٩٨٣ ، ص ٢٢١ — ٢٣٥ .

(٢) أنظر :- الطماوي ، مرجع سابق ، ص ٥٤٨، حلمي ، محمود ، عقود إدارية ، ص ١٥١، فياض ، عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص٢٨٠، درويش ، مرجع سابق ، ص ٨١، عياد ، مرجع سابق ، ص ٣٦٣.

(٣) الجمل ، مرجع سابق ، ص ٢٧١، كما يرى الدكتور سليمان الطماوي أنه إذا قرر المشرع جزاء الفسخ لخطأ معين ، فليس للقضاء أن يعقب على ذلك ، وبالتالي فإن الحالات التي ذكرتها اللائحة ، والتي قررت فيها الفسخ كجزاء وجوبي أو اختياري للإدارة تكون بمنجاة من رقابة القضاء من حيث الملائمة لا المشروعية بطبيعة الحال ، الطماوي ، مرجع سابق ، ص ٥٤٨.

-ثالثاً : فكرة الخطأ الجسيم في التشريع و القضاء الأردني

١. موقف التشريع الأردني :

اعترف المشرع الأردني للإدارة بالحق في فسخ العقد في حالات عديدة نذكر منها :

- ممارسة المتعاقد أو أي من مقاوليه الفرعيين أو أي من مستخدميه للرشوة بأي شكل من أشكالها لأي جهاز من أجهزة صاحب العمل أو الأجهزة التابعة له سببا كافياً لإلغاء العقد وغيرها من العقود التي يرتبط بها المقاول بصاحب العمل (م ١/٧٦/دفاتر الشروط العامة لعقد المقاولة الموحدة)
- تنازل المتعهد عن العقد أو أي جزء منه لأي شخص دون الحصول على إذن خطي من لجنة العطاءات التي أحالت العطاء[1] (م ٦٧/ تعليمات العطاءات العامة رقم (١) لسنة ١٩٩٤)
- إخلال المتعهد أو أي من المتعهدين بأي شرط من الشروط الواردة في دعوة العطاء وشروطه وقرار الإحالة ، أو عجزه عن تقديم اللوازم المحاله عليه كلها أو جزء منها ، أو تأخره عن ذلك التقديم في المواعيد والمدد المتفق عليها في تلك الشروط .(م ١٣/ تعليمات العطاءات لأشغال ولوازم أمانة العاصمة[2]) .
- عدم مقدرة المتعهد من تنفيذ أشغال البلدية وعدم مقدرته على الوفاء بالتزاماته ، أو تكرار تقصيره في تنفيذ هذه الإلتزامات (م ٧٣/نظام لوازم وأشغال البلديات والمجالس القروية رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٩).
- تنازل المتعهد عن العطاء المحال عليه أو أي جزء منه إلى أي شخص آخر بأي صورة من الصور بدون موافقة خطية للجنة العطاءات ووفقاً للشروط والضمانات التي تقررها . (م ٢٤/ ب / نظام اللوازم والأشغال في الجامعة الأردنية رقم ٢١ لسنة ١٩٨٧) .
- إخلال المتعهد بأي شرط من شروط العطاء المحال عليه (م ٧/ن / نظام مقاولات الأشغال لسلطة الكهرباء رقم ٦٩/لسنة ١٩٧٥)

---

[1] يستفاد من هذا النص ان المتعاقد مع الإدارة ملزم بمبدأ عام بأن يقوم بالتنفيذ بنفسه ، وذلك لأهمية الإعتبار الشخصي في هذه العقود، إذ تراعى فيها اعتبارات خاصة تتعلق بالمتعاقد مع الإدارة ، سواء من حيث الكفالة المالية والفنية وحسن السمعة والجنسية..ومن هنا يعتبر التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن إخلالا بالتزام المتعاقد بالتنفيذ شخصيا ، وبالتالي فإن من حق الإدارة الإلتجاء إلى الفسخ في هذه الحالة مع المطالبة بالتعويضات عند اللزوم ، كنعان ، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

[2] هذه التعليمات صادرة بالإستناد إلى نص المادتين (١٠)، (٤١)من نظام اللوازم والأشغال لأمانة العاصمة رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

ونرى أن للإدارة حق فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة خلافـاً الحـالات المنصوص عليها في التشريع الخاص المنظم لحق الإدارة في الفسخ ، ذلك أن النص على حالات معينة للفسخ لا يحول دون إيقاعه لأسباب أخرى متى توافرت فيه صفة الخطأ الجسيم ، على اعتبار أن سلطة الإدارة في الفسخ بالإرادة المنفردة إنما هـي سلطة قائمة ومستقلة عن نصوص القانون ، فضلاً عن أن الإدارة تملك تقدير مـدى جسامة أخطاء المتعاقد معها ، و فيما إذا كانت تبرر الفسخ أم لا .

٢- موقف القضاء الأردني :

يوجب القضاء الأردني لتوقيع الفسخ علـى المتعـاقد المقصـر فـي تنفيـذ التزاماته، ضرورة ارتكاب المتعاقد لخطأ على درجة معينة من الجسـامة ، حيـث قررت محكمة التمييز في قرارها رقم ٧٧/١٧٤ ، "إن الإخلال بالشـروط العامـة للعطاء يوجب التعويض عنه ولا يوجب فسخ العطاء [١]"

ويستفاد من هذا الحكم ، أنه ليس كل خطأ صادر من جانب المتعهد يـبرر لـلإدارة توقيع الفسخ ، بل لا بد أن يكون هذا الخطأ على درجة من الجسامة .

ومع ذلك ، فإنه إذا حدد العقد الإداري الأسباب والموجبات لإلغـاء أو فسـخ العقد ، فإن الإدارة لا تملك توقيعه خلافاً لهذه الأسباب ، وهذا ما قررتـه محكمـة التمييز حيث قضت في حكمها رقم ٨/٤٣٧ بما يلي:

" وبعد التدقيق في الموضوع .... فإننا نجد أنه بالرجوع إلى البند الثامن عشر مـن الإتفاقية المعقودة في ١٩٧٤/١١/٢٣ ،يتبين أن حق الإدارة في إلغاء الاتفاقية مقيـد بتوافر ثلاثة شروط مجتمعه تتلخص فيما يلي:

١- وقوع تأخير من المتعهد في تنفيذ التزاماته ، وأن يكون التأخير بشكل غير معقـول، و متعمّد، و بدون عذر شرعي ، أو وقوع تخلف عن التنفيذ متصفاً بـالإصرار أو بصورة فاضحة

٢- أن تقوم الوزارة بإبلاغ المتعهد إشعاراً بوقوع التأخير أو التخلف لإجـراء الـلازم خلال مدة معقولة .

٣- أن يتخلف المتعهد عن تنفيذ متطلبات الأشعار .

---

(١) تمييز حقوق رقم ١٧٤/ ٧٧ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٧ ، عدد (١١،١٢)، ص ١٤٢٦ .

الفرع الثاني
التزام الإدارة بالإعذار

يعتبر التزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع الفسخ عليه من الضمانات القوية المقررة لحماية حقوقه من تجاوز الإدارة حدود سلطتها في الفسخ ، ويعتبر هذا الالتزام إجراءً جوهرياً يترتب على تخلفه عدم مشروعية الفسخ .

وسنعرض فيما يلي لمدى التزام الإدارة بالإعذار في كل من فرنسا، مصر ، وأخيرا الأردن :-

أولا : مبدأ الإعذار في فرنسا

يسلم الفقه الإداري في فرنسا بأنه يجب على الإدارة إعذار المتعاقد عند عدم تنفيذ التزاماته أو تأخيره في هذا التنفيذ .

وتؤيد أحكام القضاء الفرنسي هذا المبدأ ، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٦١/١١/٣ بأنه " يتعين على الإدارة إن هي رأت توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد على المتعاقد الذي يقصر في تنفيذ التزاماته أن تقوم بإعذاره بضرورة تنفيذ هذه الالتزامات ، ويقع عبء هذا الواجب على الإدارة خاصة في حالة إنهاء العقد ، لذلك فإن عليها أن تقوم بإنذار المتعاقد معها وتنبيهه إلى ضرورة القيام بتنفيذ التزاماته طبقا للعقد[1] "

وينص – غالبا – على التزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها – قبل توقيع جزاء الفسخ – في العقد أو في دفاتر الشروط المطبقة على العقد ، إلاّ أن سكوت العقد عن إشتراطه، أو عدم وجود شرط في دفتر الشروط يلزم الإدارة بالإعذار، لا يغير شيئا من الوضع ويترتب عليه عدم التزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع الفسخ عليه – سواء وجد نص صريح يقضي بذلك أم لم يوجد – أن يعتبر الفسخ

---

(١) مشار إلى هذا الحكم في مؤلف اسماعيل ، حبيس ، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية ، ص ٩٩.

معيباً و مخالفاً للقانون من الناحية الشكلية ، ويعفي المتعاقد من النتائج المالية الباهضة المترتبة على الفسخ.

ومع ذلك، إذا ثبت للقاضي عدم مشروعية الفسخ لعدم الإعذار فإنه لا يملك إلغاء القرار غير المشروع[١] ذلك أن رقابة القضاء الإداري في فرنسا قاصرة – في هذه الحالة – على التعويض دون الإلغاء[٢] ، فالقاضي يراقب مدى مشروعيه قرار الفسخ ومدى تناسبه مع جسامة الخطأ ، ويحكم للمتعاقد بالتعويض عن الفسخ غير المشروع أو التعسفي ، ولكن لا يجوز له إلغاء قرار الفسخ .

وإذا كانت الإدارة ملزمة – كقاعدة عامة – بإعذار المتعاقد بالفسخ قبل توقيعه عليه ، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة ، بل ترد عليها بعض الاستثناءات التي تعفي الإدارة من التزامها بالإعذار ، ومن أهم هذه الاستثناءات وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي [٣] ما يلي :

- النص صراحة في العقد على إعفاء الإدارة من الإعذار، وفي هذه الحالة ، يجب أن يفسر هذا النص بطريقة ضيقة ، لما في هذا الإعفاء من خطورة بالنسبة للمتعاقد ، وفي حالة الشك حول شرط الإعفاء من هذا الالتزام يفسر الشك لمصلحة المتعاقد ، بحيث يكون الإعذار لازماً .
- تعفى الإدارة من الإعذار إذا أصبح غير ذي موضوع ، كأن يكون الملتزم قد أعلن بنفسه أنه لم يعد قادرا بصفة نهائية على تنفيذ التزاماته ، أو إذا كانت ظروف الحال تدل على عدم جدوى الإعذار أو عدم فائدته ، وذلك لأسباب راجعة إلى المتعاقد نفسه مثل خرقه لالتزام أساسي يتعذر تداركه أو إصلاحه .
- تنازل المتعاقد عن عقوده أو تعاقده من الباطن بخصوص التزاماته .
- لا محل للإعذار في حالة الاستعجال أو الضرورة التي تحتم إنهاء العقد بصورة فورية .

---

(١) عباد ، مرجع سابق ، ص ٣٦٥.

(٢) الفياض، إبراهيم ، مرجع سابق، ص ٢٢٨

(٣) انظر هذه الاستثناءات : الطماوي – ، مرجع سابق، ص ٥٨٤. الجمل ، مرجع سابق، ص ٢٧٦، الهويدي ، مرجع سابق ص١٦٣، فياض ،عبد المجيد، مرجع سابق ص ٢٧٦، السيد ، مرجع سابق ، ص ٢١٨.

ثانياً : مبدأ الإعذار في مصر .

لا يلزم المشرع المصري الإدارة باعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ عليه ، حيث أن لائحة المزايدات والمناقصات لم تشترط اعذار المتعاقد مسبقاً[١].
وبالإضافة إلى ذلك، لا يتطلب القضاء اعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ عليه كما توضح ذلك الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن[٢] .
أما الفقه المصري[٣]، فيرى أن على الإدارة – كمبدأ عام- إعذار متعاقدهابفسخ عقده ، إذ أنه فضلاً عن تقرير ذلك المبدأ في إطار القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام الجزءات في العقد الإداري ، فإنه يستند إلى المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري التي تلزم المتعاقد بإعذار الطرف الآخر المتخلف عن اداء التزاماته قبل طلب الفسخ .

ثالثاً: مبدأ الإعذار في الأردن

إن التزام الإدارة بالإعذار في الأردن، لا يختلف عما هو عليه في فرنسا أو في مصر، فإن كانت هناك نصوصاً تقضي التزامها بالإعذار ، فإن الإدارة ملزمة به، و هذا ما اكدته محكمة التمييز حيث قررت :-
" تكون إجراءات البلدية بمصادرة التأمينات البنكية وفسخ العقد وإلغاءه وتلزيم التعهد لمتعهد آخر سابقة لأوانها ، لأن اتفاقية التعهد قد اشترطت أن يقع الإخلال أو التقصير بعد إنذاره خطياً مرتين مع مهلة مدتها ١٥ يوم بعد كل انذار، وتبين أن الإنذار الثاني الموجه من محامي البلدية قد أمهل المتعهد لمدة يومين ، وعليه فإن الحكم بإلزام البلدية برد قيمة الكفالة مع ضمان الأضرار اللاحقة بالمتعهد من جراء الفسخ يتفق مع القانون "[٤].

---

(١) السيد ، مرجع سابق ، ص ٢٢٠ .
(٢) عياد ، مرجع سابق ، ص ٣٦٤.
(٣) فياض ،عبد الحميد، مرجع سابق ، ص ٢٨٢، السيد، مرجع سابق ، ص ٢٢٠.
(٤) تمييز حقوق رقم ٨٧/٢٣٩، مجلة نقابة المحامين ، ١٩٩٠، ع (١) ، ص٨٨.

أما إذا لم يرد نص في العقد أو القانون يلزم الإدارة بإعذار متعاقد معها فإننا نرى في هذه الحالة تطبيق المبادئ العامة المقررة في هذا المجال و المطبقة على العقود بصفة عامة و التي تقضي بالتزام المتعاقد بإعذار المتعاقد الآخر قبل إيقاع الفسخ عليه [1]، اعتبارها قاعدة عامة واجبة التطبيق ، ولا تتعارض مع جوهر و طبيعة و خصائص العقد الإداري ، ونظراً لما يمثله الإعذار من ضمانة هامة لحقوق المتعاقد مع الإدارة في حال اتخاذها إجراءاً خطيراً في مواجهته يتمثل في فسخ العقد .

لذلك فلا بد من التزام الإدارة باعذار المتعاقد وتطبيق القاعدة المذكورة إلاّ إذا وجد نص صريح في العقد يعفي الإدارة من الالتزام بالإعذار و هذا ما أكدته محكمة التمييز حيث قضت "إذا كان في ملحق العطاء شرط على أنه في حالة عجز المتعهد عن تقديم اللوازم المحاله عليه ، فإنه يحق للقائد العام أو من ينيبه اتخاذ الإجراءات المبيّنه في الملحق دون سابق إنذار أو إخطار ، فإن هذا الشرط يعفي القائد العام من القيام بالإنذار ، أو الإخطار"[2]

(1) نصت على هذه القاعدة المادة ٢٤٠ من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها ، "إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه للآخر، جاز للعاقد الآخر بعد اعذاره ان يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه" .

(2) تمييز حقوق رقم ٧٥/١٧١، مجلة نقابة المحامين ، ١٩٧٦، عدد (٢،١) ، ص ٢٠٦.

المطلب الثالث

الآثار القانونية المترتبة على الفسخ بالإرادة المنفردة

يقسم الفقه والقضاء الفرنسي الفسخ – تبعاً لجسامة الآثار المترتبة عليه- إلى نوعين، فقد تكتفي الإدارة باستبعاد المتعاقد معها نهائياً مع تضمينه كافة التعويضات المترتبة للإدارة إذا كان لها مقتضى . وقد تتجاوز في الآثار إلى أبعد وأقسى من ذلك حيث تحمل المتعاقد المفسوخ عقده كافة الآثار المالية المترتبة على إبرام عقود جديدة مع متعاقدين آخرين لإتمام تنفيذ الأعمال.

ويطلق على النوع الأول من الفسخ، الفسخ البسيط (أو المجرد)، في حين يعرف النوع الثاني بالفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد .

يجمع بين هذين النوعين بعض الآثار العامة والمشتركة وينفرد كل منها ببعض الآثار الخاصة له ، لذا سوف نتناول توضيح آثار الفسخ على النحو التالي وفي فرعين متتاليين.

١.الآثار العامة والمشتركة بين نوعي الفسخ .

٢.الآثار الخاصة لكل من نوعي الفسخ .

الفرع الأول
الآثار العامة والمشتركة بين نوعي الفسخ

لا يختلف الفسخ بإرادة الإدارة المنفردة من حيث آثاره العامة المترتبة عليه عن الفسخ في القانون الخاص بشكل جوهري، فكلاهما يؤدي إلى انتهاء الرابطة العقدية ، كما يرتبان آثاراً متقاربة ، ويبقى الفرق بينهما قائماً من حيث ان الفسخ الذي توقعه الإدارة في العقود الإدارية ، تمارسه الإدارة حتى في حال عدم النص عليه ، ودون حاجة للجوء إلى القضاء.

وتتمثل أهم الآثار العامة المترتبة على الفسخ بما يلي:

- إنتهاء العقد الإداري ، وانفصام الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، حتى لو كان قرار الفسخ غير مشروع، أو لا مبرر له [1].

ومن المسلم به أن الفسخ يشمل العقد كله، فلا يوجد فسخ جزئي، إذ لا يجوز للإدارة أن تخل بالتوازن المالي للعقد ، بأن تفسخ الجزء الخاسر، وتبقي الجزء المربح[2] ، ويجب أن يشمل الفسخ كذلك جميع الالتزامات التي لم يتم تنفيذها .

- يترتب للإدارة في حالة فسخ العقد بسبب خطأ المتعاقد معها حقها في الحصول على التعويض اللازم للأضرار التي لحقت بها بسبب الفسخ ذاته، بل أن محكمة التمييز تذهب إلى اعتبار الضرر الذي يلحق بالإدارة العامة نتيجة لخطأ المتعهد ضرراً ثابتاً غير قابل لإثبات العكس، حيث قضت " يعد الضرر الذي يلحق بالإدارة العامة نتيجة تأخر متعهد بتوريد المواد أو البضائع المحالة عليه والتي التزم بتوريدها بموجب عقد إداري مفترضاً غير قابل لإثبات العكس نظراً لطبيعة العقد وعلاقته بالصالح العام ولما له من تأثير في حسن سير المرافق العامة"[3].

---

(1) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٥٥٠.

(2) فياض ، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

(3) تمييز حقوق ، رقم ٩٦/٨٢٥، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٩٨، عدد (٥) ، ص ١٤٢٨.

الفرع الثاني
الآثار الخاصة لكل من نوعي الفسخ

تتفاوت قسوة أو شدة هذه الآثار تبعاً لنوع الفسخ المراد ايقاعه ، فيما إذا كان بسيطاً أو على حساب ومسئولية المتعاقد .

- أولاً : آثار الفسخ البسيط

تكتفي الإدارة في هذا النوع من الفسخ باستبعاد المتعاقد معها – بمقتضى عقد إداري – نهائياً، بلا قيد ولا شرط ، ودون أن تلزمه بالإعباء المالية المترتبة لإبرام عقد جديد مع متعاقد آخر من أجل اتمام تنفيذ الأعمال.

وقد ينص في العقد على نوع الفسخ الواجب إعلانه من قبل الإدارة ، فيما إذا كان بسيطاً أو على حساب ومسئولية المتعاقد معها، وفي مثل هذه الحالة لا تستطيع الإدارة إلاّ التقيد بمثل هذا النص، فإذا تضمن العقد نصاً يقضي بأن الفسخ بسيطاً، فلا تستطيع الإدارة إعلانه على حساب ومسؤولية المتعاقد [1]. ولعل أهم آثار هذا النوع من الفسخ ، أنه يعفي المتعاقد من النتائج الباهضة المترتبة لإبرام عقد جديد لضمان استمرار تنفيذ الأعمال ، وهو يستعمل اصلاً في تلك الحالات التي يكون حق الإدارة مشكوكاً فيه على أساس أن أخطاء المتعاقد ليست جسيمة جداً[2] أو إذا كان لدى هذا الأخير حججاً قوية – يمكن أن يقبلها القضاء لتبرير موقفه .

وأخيراً، فإن هذا النوع من الفسخ لا يحول دون حق الإدارة في تقاضي غرامات التأخير ، أو المطالبة بتعويضات عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة الفسخ لخطأ المتعاقد[3] ، ولكن الإدارة لا تستطيع أن توقع الجزاءات المختلفة ، وخاصة غرامات التأخير إلاّ عن الفترة السابقة على الفسخ .

---

(١) الجمل ، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

(٢) الجمل ، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

(٣) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٥٥٠ .

- ثانياً : آثار الفسخ على حساب ومسئولية المتعاقد

ونتائج هذا الفسخ أشد وأقسى من النوع الأول ، لأن الإدارة لا تكتفي بإنهاء العقد الأصلي وتعويضها عن فسخ هذا العقد[1] ، بل أنه فضلاً عن ذلك يكون مصحوباً بإبرام عقد جديد لإتمام التنفيذ على مسئولية المتعاقد المتخلف عن الوفاء بالتزاماته مع الإدارة ، و بحيث يتحمل المتعاقد بموجب هذا الفسخ كافة المخاطر التي تنتج عن إبرام عقد جديد مع الغير بدلاً من عقده.

ويتحقق الفسخ على مسئولية المتعاقد بالنسبة لعقد الأشغال العامة بإعادة طرح العملية في مناقصة عامة على حساب المقاول المتخلف عن التنفيذ، ويتحقق بالنسبة لعقد التوريد بإعادة الشراء على حساب المورّد المقصّر.

وبالرغم من التسمية السابقة، فإن الإدارة ليست ملزمة بأن تلجأ إلى المناقصات العامة في العقد الجديد بل لها أن تختار التعاقد عن طريق الممارسة ، وهذا ما أكدته محكمة التمييز حيث قررت : " إذا تضمن العقد شرطاً يخول القائد العام عند إخلال المتعهد بالتزاماته إن يفسخ العقد ، ويأمر بشراء البضاعة على حساب المتعهد بأية طريقة يراها ، فمن حق اللجنة الفرعية شراء البضاعة بالممارسة أو بالمناقصة أو بأية طريقة أخرى دونما حاجة لا تباع إجراء المناقصة المنصوص عليها في النظام [2]".

وقضت في حكم آخر لها : " تتولى القيادة العامة شراء اللوازم الناقصة بصفتها متعاقدة تشتريها بالممارسة ولا تتقيد بقواعد العطاءات ، لأنها تتبع شروط العقد ، لا شروط نظام اللوازم، ولذا لا محل للإحتجاج بالمادة (٣) من نظام اللوازم من حيث أن لجنة الشراء لم تحصل على ثلاث عطاءات على الأقل" [3]

---

[1] الجمل ، مرجع سابق، ص٢٥٦.

[2] تمييز حقوق ،رقم ٤٠٤/ ٧٧ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، ١٩٧٨، عدد (١،٢) ، ص ٣٩٤.

[3] تمييز حقوق رقم ٢٨٢/٢٣٣، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، ١٩٨٢، عدد (٨) ص ١١٥٠.

وإذا ما قررت الإدارة فسخ العقد والشراء على حساب المتعاقد فإنها ملزمة بشراء اللوازم وفقاً للشروط المتفق عليها في عقد التوريد الأصلي[1]، و إلا كان قرارها معيباً ومخالفاً للقانون .

وأخيراً ، تجدر الإشارة إلى انه يجوز للإدارة الجمع بين فسخ العقد على حساب ومسئولية المتعاقد ، وبين توقيع غرامات على هذا المتعاقد ، كما يجوز لها الجمع بين مصادرة التأمين والتعويضات في حالة الفسخ على حساب ومسئولية المتعاقد وهذا ما أكدته محكمة التمييز حيث قضت : -

"ولما كان ملحق العطاء ينص على أنه إذا أخل المتعهد بأي شرط من الشروط الواردة في قرار الإحالة وشرط العطاء، وعجز عن تقديم اللوازم المحالة عليه ، فيحق للقائد العام للقوات المسلحة اتخاذ الإجراءات التالية مجتمعة أو منفردة دون سابق انذار أو اخطار ، ومهما كانت أسباب الإخلال أو التأخير:

١.فسخ التعهد والشراء على حساب المتعهد .

٢. مصادرة التأمين .... "[2]

([1])تمييز حقوق رقم ٢٨٢/٢٣٣، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، ١٩٨٢، عدد (٨) ص ١١٥٠.

([2]) تمييز حقوق رقم ٧٥/١٧١، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، ١٩٧٦، عدد (٢،١) ، ص ٢٠٥.

المبحث الثاني

سلطة الإدارة في إنهاء عقد امتياز المرفق العام لخطأ الملتزم

(إسقاط الامتياز)

يعتبر إسقاط الامتياز أحد تطبيقات سلطة الإدارة في تقرير الفسخ بالإرادة المنفردة للعقد الإداري في مجال عقود امتياز المرافق العامة .

ففي فرنسا، لا تملك الإدارة مانحة الامتياز – كقاعدة عامة – سلطة تقرير الإسقاط بإرادتها المنفردة ، بل لا بد من اللجوء إلى قاضي العقد للحكم به، إلاّ إذا احتفظت الإدارة لنفسها بحق توقيع الفسخ بنفسها بمقتضى نص صريح في العقد أو في دفاتر الشروط .

ويعتبر اسقاط الامتياز خروجاً عن القاعدة العامة التي تقضي بحق الإدارة بفسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة ، دون حاجة للإلتجاء إلى القضاء.

ويبرر الفقه الفرنسي الخروج على هذه القاعدة أن تنفيذ هذه الطائفة من العقود يتطلب عادة من جانب الملتزم استثمارات مالية ضخمه لا يستطيع الملتزم استهلاكها من خلال إيرادات استغلال المرفق إلاّ خلال مدة طويلة مما يستلزم منح ملتزمي المرافق العامة أهميه وعناية أكبر من متعاقدي الإدارة الآخرين، تتمثل في ضرورة جعل سلطة فسخها للقاضي وحده ، وذلك من أجل حماية الملتزم ضد أي فسخ انفرادي أو تعسفي من جهة الإدارة .

وسوف نقوم بدراسة الجوانب المتعلقة بإسقاط الامتياز في المطالب التالية .

المطلب الأول : التعريف بإسقاط الامتياز

المطلب الثاني : شروط إسقاط الامتياز

المطلب الثالث : آثار إسقاط الامتياز

المطلب الأول

التعريف بإسقاط الإمتياز

يعّرف إسقاط الامتياز بأنه " فسخ عقد امتياز المرفق العام على مسئولية الملتزم بسبب مخالفته الجوهرية للإلتزامات المفروضة عليه ."[١]

كما يعرّف بأنه " ذلك الجزاء الأكثر جسامة من جميع الجزاءات الأخرى والذي ينهي عقد الإمتياز باستبعاد الملتزم الذي لم يمتثل لالتزام جوهري منصوص عليه في دفتر الشروط" [٢]

كما عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه " رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته، لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم، مع قيام حق مانح الإمتياز في هذه الحالة في الاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبراً عن الملتزم"[٣]

وتتضمن اتفاقيات الامتياز – غالباً – النص على حق الإدارة في اسقاط الإمتياز كجزاء من الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على الملتزم كما أن هذه الاتفاقيات قد تستعمل أحيانا ، اصطلاحات مماثلة للإسقاط بمعناه الدقيق ، حيث استعملت بعض دفاتر الشروط في فرنسا ومصر اصطلاح سحب الالتزام بدلاً من إسقاطه.

والحقيقية أن كلا الاصطلاحين مترادفين في مجال عقود الامتياز وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر ، حيث قررت أنه " وإن كان عقد الامتياز قد نص صراحة على سحب الالتزام ، وليس على إسقاطه ، إلاّ أن الإسقاط والسحب يتفقان في مدلولهما، وفي الآثار المترتبه عليهما"[٤] .

---

(١) فياض ، عبد المجيد، مرجع سابق ، ص ٢٤٧ .

(٢) السيد ، مرجع سابق ، ص ٥٥.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادرة في ٢٠-١٢-١٩٧٧ الموسوعة الإدارية ، ج(١٨) ، ص ١١٠٠.

(٤)الحكم المشار إليه أعلاه .

المطلب الثاني

شروط إسقاط الامتياز

يعدّ جزاء الإسقاط جزاءً قاسياً ، إذ أنه يؤدي إلى استبعاد الملتزم نهائياً من استغلال المرفق وإلى انهيار الاستثمارات المالية التي أنفقها الملتزم على إعداد المرفق واستغلاله .

لذلك يقتضي إعطاء الملتزم أكبر قدر من الضمانات التي تكفل عدم إساءة استعماله ، وتتجلى أهم هذه الضمانات في حرمان الإدارة من حق ممارسة هذا الجزاء – تلقائياً وبإرادتها المنفردة- في حال عدم احتفاظها بهذا الحق صراحة في العقد أو في دفاتر الشروط ، ولذلك يتعين صدوره من قاضي العقد ،كما تتجلى في ضرورة التشدد في طبيعة الأخطاء التي تبرر توقيع هذا الجزاء – والتشدّد في ضرورة إعذار الملتزم قبل إسقاط الامتياز .

وفي ضوء ما تقدم ، فإن شروط إسقاط الإمتياز تتمثل في ثلاثة شروط أساسية ألا وهي :

١.ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم

٢.التزام الإدارة بإعذار الملتزم

٣.صدور الإسقاط من قاضي العقد

وسنتناول توضيح هذه الشروط فيما يلي تباعاً :

الفرع الأول
ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم

يجب أن يكون الخطأ المنسوب للملتزم والمسبب لتوقيع جزاء الإسقاط ، على درجة عالية من الجسامة أو الخطورة من جانب الملتزم ، وبحيث يصلح دليلاً واضحاً على عدم مقدرة الملتزم على تسيير المرفق أو تعرضه للخطر[1].

كما ويجب أن يفوق هذا الخطأ في خطورته كل الأخطاء التي تستعمل الإدارة عند ارتكابها وسائل الضغط التي تتمتع بها [2] ، ذلك أن الإسقاط يعتبر آخر ما يمكن أن تفرضه الإدارة من جزاءات على الملتزم فهي لا تفرض إلاّ إذا تبين أن إجراءات الضغط أو الجزاءات الأخرى لم تعد تجدي، فإذا لم يتوفر هذا الشرط، فلا يصح فرض هذا الجزاء .

ويلتزم القضاء الفرنسي بتطبيق هذه القاعدة ، فهو كثيراً ما يرفض الحكم بإسقاط الامتياز ، أو يلغي قرار الإدارة به ، عندما يتبين أن الخطأ المنسوب للملتزم، لم يكن خطيراً، ولا يكفي كمبرر لهذا الجزاء [3].

فقاضي العقد – في فرنسا– يملك سلطة تقديرية واسعة في تقدير جسامة الوقائع المنسوبة للملتزم وفيما إذا كانت تشكل خطأ جسيماً من شأنه أن يبرر جزاء الإسقاط[4].

وإذا نص العقد على توقيع الإسقاط بصدد مخالفات معينة بقوة القانون فإن ذلك لا يمنع القاضي من تقدير مدى جسامة هذه المخالفات، كما أنه يملك – أي قاضي العقد – توقيع جزاء آخر محل الإسقاط، فقد يستعيض عنه بجزاء آخر أقل خطورة مثل وضع المرفق تحت الحراسة إذا بدا له أن الخطأ المنسوب لا يبرر هذا الجزاء الشديد [5].

---

(1) الهويدي ، مرجع سابق ، ص ١٨٧.

(2) الفياض ، إبراهيم، مرجع سابق ، ص ٢٣٠

(3) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٥٣٥.

(4) السيد، مرجع سابق، ص ٩١.

(5) درويش، إلغاء العقد الإداري، مجلة العدالة ، ص ٩١.

وفي مصر ، يتطلب مجلس الدولة من أجل توقيع جزاء الإسقاط صدور خطأ جسيم من الملتزم، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا " يثبت لمانح الامتياز دائماً إسقاط الامتياز إذا اختل المرفق اختلالاً كلياً أو جزئياً، أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة ، غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين أولهما : أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة ، أو يتكرر إهماله ، أو يعجز عن تسييره بانتظام . ...."[1]

ومن أمثلة المخالفات الجسيمة التي تبرر – في نظر الفقه والقضاء المقارن – إسقاط الامتياز [2]:-

- عدم احترام الملتزم للأوامر التي تصدر بخصوص إدارة المرفق .
- عدم وفاء الملتزم بالتزاماته المالية، كعدم دفع الاتاوات المستحقة للإدارة وما إلى ذلك .
- التنازل عن الامتياز دون موافقة الإدارة .
- عدم احترام مدد التنفيذ المنصوص عليها في دفتر الشروط ، إذ يمكن إسقاط الامتياز عندما لا يبدأ الملتزم الأعمال في التاريخ المحدد أو عندما لا ينجز هذه الأعمال في الميعاد المقرر.
- تعديل الملتزم للغرض الأساسي للمشروع محل العقد .
- إضرار الملتزم بالأمن وتعريضه المرفق للخطر.
- توقف الملتزم عن استغلال المرفق ، ومهما كانت الصعوبات التي تواجهه حتى لو كانت هذه الصعوبات مالية .

وقد يتدخل المشرع – أحيانا – لتحديد الأخطاء التي تبرر توقيع الإسقاط ، ومن الأمثلة على ذلك في مصر، ما جاء في المادة الخامسة من قائمة الشروط

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادرة ٢٠/١٢٢/١٩٧٧، الموسوعة الإدارية ، ج (١٨) ، ص ١١٠٠

(2) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٥٣٨، عباس ، مرجع سابق ، ص ٢٢٢ عياد ، مرجع سابق، ص ٣٦٢، المويدي ، مرجع سابق، ص ١٨٨، فياض ، عبد الحميد، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

المرافقة للقانون ٦٨٦ لسنة ١٩٥١ ،والتي خولت الهيئـــة الإداريـــة فســخ امتيـــاز استغلال بعض خطوط الأتوبيس بمدينة القاهرة و ذلك في حالات معينة هي "

- تنازل الملتزم لغيره عن الامتياز
- إحلال الملتزم الغير محله في كل أو بعض حقوقه الناشــئة عــن الامتيــاز دون موافقة سابقة من الجهة المختصة .
- عدم قيام الملتزم بالإلتزام المفروض عليه والمتمثل بتكوين شركة خـــلال فــترة معينة من تاريخ الإمتياز بشروط توافق عليها الإدارة .

- موقف اتفاقيات الإمتياز في الأردن :

- يتضح من أحكام اتفاقيات الإمتياز في الأردن التي تعقدها الحكومة مع الشــركات أو الملتزمين أنها تنص عادة على بعض الأخطاء التي تبرر فسخ الإمتياز .

ومن الأمثلة عليها ما جاء في المادة (١٢) من اتفاقية امتياز مصفاة البترول، حيث أجازت " للحكومة فسخ الامتياز بعد إخطار الشركة بذلك تحديداً بثلاثة اشـــهر من وقوع أحد الأمور التالية :

أ – إذا رهنت الشركة تأميناً للدين ، أو إذا أصدرت سندات قروض خلافـــاً لنــص المادة (٩) من هذه الإتفاقية .

ب–تنازل الشركة عن الإمتياز أو عن أي سلطة مخولة لها بموجبه إلـــى الغــير أو تأجيره لهم بدون أذن أو موافقة مجلس الوزراء

جـ– الإهمال والتقصير والتهاون في تنفيذ التزاماته .

د–صدور قرار قضائي بتصفية الشركة "

وتنص المادة (١٥) من اتفاقية امتياز الإسمنت على تخويل الحكومـــه حــق فســخ الإمتياز في أي من الأحوال الآتية :

أ- الإهمال أو التهاون أو التقصير من جانب الملتزم بمراعاة نصوص الإتفاقية.

ب- تنازل الشركة عن الإمتياز أو تأجيره أو التصرف بأي حق أو سلطة مخولـــة لها بدون الحصول على موافقة مجلس الوزراء على ذلك .

جـ- إصدار سندات دين على المشروع بدون موافقة مجلس الوزراء الخطية وحسب الشروط التي يعينها " [١]

ولا شك أن هذه المخالفات من جانب الملتزم ، والواردة في اتفاقيات الإمتياز تعتبر واردة على سبيل المثال لا الحصر ، إذا انه من المستحيل حصر الأخطاء العقدية التي تبرر فسخ الإمتياز ، ومن ثم يجوز للإدارة المتعاقدة (أو الجهة المختصة) إسقاط الإمتياز إذا ارتكب الملتزم أخطاء جسيمة أخرى غير المخالفات التي يُنص عليها في اتفاقية الإمتياز ، شريطة أن تتسم هذه الأخطاء بدرجة عالية من الجسامة .

الفرع الثاني

التزام الإدارة بإعذار الملتزم

يسلم الفقه الإداري في فرنسا، تؤيده أحكام القضاء، بأنه يجب على الإدارة إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه [٢].

ويلاحظ أن دفاتر الشروط – في فرنسا- الملحقة بعقود الإمتياز تنص عادة على ضرورة قيام الإدارة بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط ، وعلى المدة التي عقب إنتهاءها إمكانية قيام الإدارة باتخاذ هذا الجزاء [٣] ،ومن المسلم به في القضاء الفرنسي أنه يجب مراعاة هذا الشرط حتى وإن لم تنص عليه دفاتر الشروط[٤].

ويترتب على عدم التزام الإدارة بإعذار الملتزم – سواء وجد نص صريح يقضي بذلك أم لم يوجد – أن يعتبر جزاء الإسقاط غير مشروع ، ومخالفاً للقانون. ولم يتردد القضاء الفرنسي في رفض طلب الإدارة بتقرير الإسقاط عندما يتضح له

---

(١) ويذات المعنى المادة ٢٥/إتفاقية امتياز كهرباء عمان ، والمادة ١١/ اتفاقية امتياز الدباغة الأردنية .

(٢) فياض ،عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص ٢٥٧.

(٣) السيد ، مرجع سابق، ص ١٠٥

(٤) عياد ، مرجع سابق ، ص ٣٦٧.

من ظروف القضية ان الإدارة لم تقم بإعذار الملتزم ، أو في إلغاء قرارها المباشر في إسقاط الإمتياز عندما يتبين له أن الإدارة لم تقم بإعذار الملتزم .

وإذا كانت القاعدة العامة تقضي بضرورة اعذار الملتزم قبل توقيع اسقاط الإمتياز ، فإن هذه القاعدة يرد عليها بعض الإستثناءات التي تعفى فيها الإدارة مانحة الإمتياز من التزامها بالإعذار قبل رفع طلب للقضاء للحكم بالإسقاط، أو في حال قيامها بذلك بقرار من جانبها في حال ورود نص في العقد يعطيها الحق في إيقاعه من تلقاء نفسها .

ومن أهم الإستثناءات على قاعدة الإعذار المسبق وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي ، والتي تعفي الإدارة مانحة الإمتياز – عند توافر أحدها من ضرورة اعذار الملتزم [١]:

- النص صراحة في العقد على عدم التزام الإدارة بإعذار الملتزم ، وفي هذه الحالة يجب ان تكون عبارة العقد واضحة ، وقاطعة في الدلالة على ذلك.
- إذا ثبت من ظروف الحال أن الإعذار لا فائدة منه، كما لو أعلن الملتزم بنفسه عجزه التام عن إدارة المرفق.
- تنازل الملتزم عن عقده للغير بدون ترخيص مسبق من الإدارة مانحة الإمتياز .
- إسقاط الإمتياز بسبب الإفلاس أو التصفية القضائية

أما عن التزام الإدارة بالإعذار في مصر فقد انقسم الفقه المصري حول ذلك إلى اتجاهين :

حيث ذهب جانب من الفقه [٢] إلى أن اسقاط الإمتياز لا يستوجب إعذار الملتزم. في حين أن جانباً آخر [٣]من الفقه يرى وجوب أعذار الملتزم قبل قيام الإدارة باسقاط الإمتياز لما يمثلة الاعذار من ضمانةٍ هامةٍ للملتزم إزاء سلطة الإدارة

---

(١) السيد ، مرجع سابق، ص ١٠٧-١٠٨.

(٢) عياد ، مرجع سابق، ص ٣٦٨.

(٣) فياض، عبد المجيد ، مرجع سابق، ص ٢٥٨، السيد ، مرجع سابق ص ١٠٦- المويدي، مرجع سابق، ص ١٩١.

في اتخاذ هذا الجزاء القاسي ضد الملتزم إلاّ إذا ورد نص صريح في العقد ينص على إعفاء الإدارة من ضرورة الإعذار .

وهذا ما تؤيده أحكام مجلس الدولة المصري، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى وجوب اعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط، وفي ذلك تقول المحكمة " يثبت لمانح الامتياز – دائماً بجانب الجزاءات الأخرى– إسقاط الامتياز ، غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين : أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة ، ... وثانيهما : وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء . "[١]

وفي الأردن : تتطلب اتفاقيات الامتياز – في المملكة – عادة ضرورة إعذار الملتزم بالمخالفات المنسوبة إليه ، والطلب منه إزالة الأسباب والمسببات التي حدت بالإدارة إلى التفكير بإسقاط الامتياز ، ومنحه مهلة معقولة لإزالة هذه الأسباب والمسببات[٢] . ومع ذلك نرى و جوب اعذار الملتزم قبل إسقاط الإمتياز ، حتى لو لم يرد نص عليه ، فالحكومة ملزمة به لما يحمله للملتزم من ضمان ازاء سلطة الحكومة في اتخاذ هذا الإجراء القاسي، ولا يمكن إعفاء الحكومة (مجلس الوزراء أو الوزير المختص) من اتخاذ هذا الإجراء الهام والضروري بأي حال من الأحوال إلاّ في حال ورود نص في عقد الإمتياز يعفي الإدارة من هذا الإعذار ، أو إذا ثبت من ظروف الحال عدم ضرورة ، أو عدم جدوى هذا الإعذار .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٧٧/١٢/٢٠، الموسوعة الإدارية ، ص ١١٠٠.

(٢) خطار ، علي ، عقد إمتياز المرفق العام وتطبيقاته في الأردن ، مجلة مؤتة ، ص ٥٨.

الفرع الثالث

اختصاص القاضي - كقاعدة - بتقرير الإسقاط

أولاً : موقف القضاء الفرنسي

يشترط مجلس الدولة الفرنسي لتوقيع جزاء إسقاط الامتياز بالإضافة إلى الشرطين السابقين شرطاً ثالثاً وهو صدور حكم من القاضي بالإسقاط ، وهذه قاعدة تقليدية جرى عليها القضاء الفرنسي.

فالإدارة في فرنسا، لا تملك مباشرة امتياز التنفيذ المباشر في هذا النطاق [1]، بمعنى أنها لا تملك إسقاط الامتياز من تلقاء نفسها، بل لا بد من ان ينطق به القاضي.

وهذه الخصيصة ينفرد بها عقد الإمتياز على خلاف القاعدة العامة ، والتي تقضي بحق الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها، ودون حاجة للإلتجاء إلى القضاء[2].

ويُرجع الفقه [3] ضرورة إصدار الإسقاط من قاضي العقد إلى أن عقود الإمتياز تقوم – في الغالب – على رؤوس أموال ضخمة مما يستوجب جعل سلطة فسخها في يد القاضي ، ومن أجل حماية الملتزم ضد أي فسخ انفرادي او تعسفي من جانب الإدارة مانحة الإمتياز .

وإذا كانت القاعدة القضائية العامة في فرنسا، تقضي بوجوب صدور الإسقاط بحكم من القضاء، فإن للإدارة أن تسترد حقها في هذا الصدد عن طريق شرط صريح ينص على ذلك ويرد في عقد الامتياز.

ويمكن تبرير سلطة الإدارة في إسقاط الامتياز من تلقاء نفسها وبإرادتها المنفردة – في هذه الحالة – أنه يجب ان تكون الإدارة قادرة على التخلي عن معاونة الملتزم الذي لم يعد قادراً على الوفاء بالتزاماته التعاقدية بشكل مرض ، وبطريقة صحيحه .

---

(١) عياد، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

(٢) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٣٦٨.

(٣) الجرف، طعيمه ، القانون الإداري ، ص ٤٠٨.

وفي الحالة التي تختص فيها الإدارة بإسقاط الامتياز بنفسها – بمقتضى نص صريح في العقد – فإن قاضي العقد لا يستطيع أن يقضي بالإسقاط[١] ، ومع ذلك ، فإنه يستطيع إلغاء قرار الإدارة بالإسقاط إذا شابه عيب من العيوب[٢] ، فضلاً عن الحكم بالتعويض عنه إذا ترتب على هذا القرار المعيب حدوث أيةِ أضراراً له [٣]

ثانياً : موقف القضاء المصري

استقر مجلس الدولة المصري – على خلاف مجلس الدولة الفرنسي – في أحكامه المتواترة ، وفتاويه المستقرة ، على أن جزاء الإسقاط لا يتطلب تدخل قاضي العقد ، بل يكفي لتوقيع هذا الجزاء على الملتزم المقصر صدور قرار من جانب السلطة مانحة الإمتياز سواء كان حق الإدارة منصوصاً عليه في العقد او غير منصوص .

ولقد اكدّت المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ حيث قضت بأنه " ليس صحيحاً في القانون أن هذا الجزاء (أي إسقاط الامتياز) ، لا يجوز توقيعه إلا بحكم من المحكمة المختصة ، إذ أن مانح الامتياز له سلطات عديدة يملكها في حال عدم قيام الملتزم بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد، فله بقرار منه أن يتخذ ما يراه كفيلاً لضمان سير المرفق ، كما يثبت له إسقاط الامتياز إذا أختل المرفق اختلالاً كلياً أو جزئياً ، ولا يتطلب الأمر حكماً من المحكمة المختصة ، بل يكفي فيه قراراً من مانح الامتياز[٤]".

بينما يذهب جانب من الفقه المصري[٥]، إلى ضرورة الأخذ بقاعدة القضاء الفرنسي، تلك التي تلزم الإدارة بطلب إسقاط الامتياز من القاضي – ما لم يكن هناك نص عقدي أو تشريعي ، يمنحها سلطة إيقاعه بنفسها وبإرادتها المنفردة – لما تحمله

---

(١) السيد ، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٢) درويش ، مرجع سابق ، ص ٩٣.

(٣) المويدي ، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادرة في ١٩٧٧/١٢/٢٠ ، مشار إليه سابقا، الموسوعة الإدارية ، ص ١١٠٠.

(٥) فياض ، عبد المجيد، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

هذه القاعدة من ضمان مؤكد للملتزم الذي يعتبر اسقاط الإمتياز بالنسبة لـــه جـزاءً مدمراً دون شك بأنه يحرمه من الإنتفاع بامتيازه حتى نهاية أجلــه وفــي وقــت لا يكون فيه قد استهلك اغلب رؤوس أمواله الضخمة الموظفة في المرفق .

ثالثاً : الوضع في الأردن

لا توجد نصوصاً في التشريع الأردني تلزم الإدارة باللجوء إلى القضاء لطلب إسقاط الامتياز . كما أنه ، وبالرجوع إلى الأحكام القضائية نجد أنه لا توجد أحكـــام قضائية صريحة حول مدى التزام الإدارة باللجوء إلى القضاء لطلب إسقاط الامتياز . وبمراجعة اتفاقيات الامتياز، فإننا نجد أن اغلبها تتضمن تنظيماً لـــهذه المســألة ، وتمنح الاختصاص بإسقاط الامتياز لمجلس الوزراء ، أو للوزير المختــص بقـرار انفرادي صادر عنه .

وفي ضوء ما تقدم ، فإننا نرى أن إسقاط الامتياز لا يلزم صدروه من قاضي العقد، كما الحال في فرنسا، بل أن الإدارة تملك توقيعه من تلقاء نفســها وبإرادتـها المنفردة ، إلا إذا تنازلت الإدارة عن هذه السلطة للقضاء.

نخلص من كل ما تقدم إلى القول ، أن الإسقاط جزاء خطــير تملــك الإدارة توقيعه على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته ، ولكن ممارسته محكومــة بثلاثــة شروط أساسية ، **أولها** ، إخلال المتعاقد بالتزاماته المفروضة عليه إخلالاً جسيماً ، **وثانيها** ، التزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل إسقاط امتيازه ، أما **ثالثــها** وهــو ضرورة صدور الإسقاط من قاضي العقد المعمول به في القضاء الفرنسي فقـط دون المصري والأردني .

المطلب الثالث

آثار إسقاط الامتياز

يعتبر جزاء الإسقاط جزاءً جسيماً، بحيث يجب التردد قبل اللجوء إليه ، كما أنه يمثل في كثير من الحالات جزاءً حاسماً وقاسياً جداً بالنسبة للملتزم ، ومزعجاً بالنسبة للسلطة العامة التي لا ترغب في ان ترى المرفق معطلاً.

ويرتّب قرار إسقاط الامتياز سواء، صدر بحكم قضائي من قاضي العقد ، أو إذا قامت به الإدارة عدّة آثار قانونية تتمثل فيما يلي:

- نهاية عقد التزام المرفق العام نهاية مبتسرة :

إذا صدر قرار أو حكم قضائي بإسقاط الامتياز كان نتيجة ذلك نهاية العقد [1]، و انقضاء العلاقات التعاقدية بين الملتزم والإدارة مانحة الامتياز ، وبذلك يختلف الإسقاط عن جزاء وضع المرفق تحت الحراسة .

فالإسقاط جزاء نهائي يترتب عليه استبعاد الملتزم نهائياً من إدارة المرفق بصفة قطعية ، في حين ان جزاء وضع المرفق تحت الحراسة يترتب عليه الاستبعاد المؤقت للملتزم لضمان تسيير المرفق دون توقف أو انقطاع على حساب و نفقة الملتزم [2] .

ونهاية العقد الإداري لا تعني بالضرورة نهاية المرفق العام بل أن للإدارة كامل السلطة في ان تعمل على استمرار المرفق العام، وذلك من خلال ادارتها له بنفسها، او ان تعهد به إلى ملتزم آخر[3] .

- وبما أن الإسقاط يقع – كما ذكرنا – بسبب خطأ جسيم ينسب إلى الملتزم ، فإنه يترتب على ذلك أن يتحمل الملتزم جميع الأعباء المالية التي تتكفلها الإدارة بسبب إدارة المرفق .

---

(1) درويش ، مرجع سابق، ص ٩٢.

(2) خطار، مرجع سابق، ص ٥٣.

(3) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٥٣٩.

وغالبا ما ينظم العقد أو دفاتر الشروط مسألة الآثار المالية التي تترتب على حساب ومسئولية الملتزم القديم . كما أن من حق الإدارة مطالبة الملتزم الذي اسقط امتيازه ، بتعويضها عما لحقها من أضرار .

- في حالة قيام السلطة مانحة الامتياز بإدارة واستغلال المرفق العام بنفسها، فإنها لا تعتبر في هذه الحالة خلفاً عاماً أو خاصاً للملتزم [1]. ولذلك فإنها لا تلتزم بحقوق دائني هذا الملتزم ، ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك .

---

(1) فياض، عبد المجيد ، مرجع سابق، ص ٢٨٦.

الفصل الثاني

سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ المتعاقد

الفصل الثاني
سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ المتعاقد

تملك الإدارة العامة إنهاء العقد الإداري- دون خطأ المتعاقد – قبل انقضاء المدة المحددة له، أو حتى قبل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك، وفقاً لتقديرها وبإرادتها المنفردة و دون حاجة لموافقة المتعاقد .

وتعتبر سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة من أهم الخصائص المميزة للعقود الإدارية والتي تميزها عن عقود القانون الخاص . فكما ذكرنا سابقا، فإن القاعدة التي تحكم عقود القانون الخاص هي ان العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز لأي طرف من أطراف العقد في القانون الخاص ان يستقل بإنهائه أو تعديله دون موافقة الطرف الآخر ،في حين أنه نظراً لاتصال العقود الإدارية بالمرافق العامة ، فإن القاعدة السائدة في هذه العقود هي أن الإدارة وباعتبارها المسؤولة وحدها عن إدارة المرفق، تملك سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة ووفقاً لسلطتها التقديرية ، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، وإن لم يرتكب المتعاقد أي خطأ في تنفيذ التزاماته وذلك إذا ما أصبح العقد غير مفيد للمرفق العام، أو غير ملائم مع احتياجاتها، أو إذا أصبح يشكل عبئا ثقيلاً عليه .

ولا شك ، أن هذه السلطة ليست مطلقة تمارسها الإدارة كيفما شاءت ، ولكنها سلطة قانونية تمارسها طبقاً لشروط محددة . وفي مقابل تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً .

وتمثل سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، الصورة الثانية لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ،

إلى جانب الصورة الأولى لهذه السلطة ، والتي سبق دراستها في الفصل الأول من هذا البحث وهي سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم .

وسوف نتناول سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون خطأ المتعاقد (لدواعي المصلحة العامة) في مبحثين ندرس في المبحث الأول القواعد العامة لسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة بصورة عامة ، بينما سنخصص المبحث الثاني لدراسة سلطة الإدارة في إنهاء عقود امتياز المرافق العامة بصورة خاصة نظراً لتميزها ببعض الأحكام والقواعد الخاصة بها.

المبحث الأول
سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري
بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة .

سوف نتناول سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري ضمن ثلاثة مطالب ، سنخصص أولها للبحث في مدى وجود سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي، وأساسها القانوني ، وندرس في ثانيها الشروط اللازمة لممارسته أما المطلب الثالث، فسوف نخصصه لدراسة حق المتعاقد بالتعويض المالي باعتباره ضمانه أساسية ولازمه للمتعاقد في مواجهة سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي .

المطلب الأول
مدى وجود سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري وأساسها القانوني

الفرع الأول
مدى وجود سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي

يجب التفرقة بصدد الاعتراف للإدارة بسلطتها في إنهاء العقد الإداري بين حالات حق الإدارة في الإنهاء التي يكون منصوصاً عليها صراحة في العقد ذاته أو في القانون ، وبين الحالات التي لم ينص عليها في العقد أو في القانون .

أولاً : سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري طبقاً لشروط العقد أو نصوص القانون .

تتضمن العقود الإدارية غالبا نصوصاً تعاقدية تعترف للإدارة بالحق في إنهاء العقد الإداري في حالات معينه ، حيث تتقيد الإدارة بإنهاء العقد في هذه الحالات فقط[1] .

ولكن سلطة الإدارة بإنهاء العقد طبقاً لنصوص العقد أو القانون لا تعتبر في ذاتها مظهراً للامتياز الاستثنائي المعترف به للإدارة ، كما لا تعد خروجا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بل إنها تمثل إقراراً بسيطاً للشروط الواردة في العقد بناءً على رضا المتعاقدين .

أما إنهاء العقد باعتباره مظهراً للسلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة من أجل تنظيم المرافق العامة وضمان حسن سيرها ، فإنه يتمثل في إنهاء الإدارة للعقد من جانب واحد دون حاجة للنص على ذلك في العقد أو القانون .

---

(1) السيد ، مرجع سابق، ص٤٥٩.

ثانيا : سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري خارج شـروط العقـد و نصوص القانون :

قد لا يتضمن العقد نصا أو بندا يقضي بحق الإدارة بإنهاء العقـد بإرادتـها المنفردة، وقد لا تقرره أية نصوص قانونية أو تنظميه ، وهنا يثار التساؤل عمـا إذا كانت الإدارة تملك سلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون صدور أي خطأ من جانب المتعاقد ؟

انقسم الفقه إلى اتجاهين بشأن منح الإدارة سلطة الإنهاء لدواعي المصلحـة العامة بإرادتها المنفردة ، ودون حاجة إلى النص عليه صراحة في العقد أو القانون.

الاتجاه الأول : الفقه المعارض لوجود سلطة الإدارة في الإنهاء الانفـرادي للعقـد الإداري خارج نصوص العقد أو القانون .

يعد من أنصار هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي (لوليه) حيث ذهب هذا الفقيه إلى أن "سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ، لا توجد كقاعدة عامة من قواعد القانون العام، ولكنها في الواقع مجرد تطبيق للقاعدة العامة التـي تنظمـها المـادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي بالنسبة لعقود القانون الخاص والتي تقضي بان الاتفاقات لا تقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيها، بل تشمل أيضا ما هو مـن مستلزماتها وفقا للعرف والعدالة والقانون حسب طبيعة الالتزام، وأن ذلك يترجم فـي القانون الإداري تحت اسم العادات الإدارية أو العرف الاداري، فعندمـا تقتضـي العادة المتبعة بواسطة الإدارة العامة أن تدرج في طائفة معينه من العقود نصوصـا تحفظ للسلطة المتعاقدة إنهاء العقد أو تعديل نطاق الالتزامات المشترطة لصالحـها بقرار من جانب واحد ، فإن هذه النصوص يجب أن يفترض وجودها فـي العقـد عندما تغفل الإدارة النص عليها في عقد من العقود"[١].

([١]) مشار إلى هذا الرأي في مؤلف السيد ، مرجع سابق ، ص ٤٨٦.

الاتجاه الثاني : الفقه المؤيد لوجود سلطة الإدارة في الإنهاء الانفـــرادي خـــارج نصوص العقد أو القانون .

تذهب غالبية الفقه الإداري إلى منح الإدارة صلاحية إنهاء العقد الإداري فـي أي وقت لدواعي المصلحة العامة ، حتى وإن لم ينص عليها صراحة في العقد ذاته، إلا أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا فيما بينهم بشأن الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في إنـــهاء العقد الإداري إلى فريقين:

فقد ذهب الفريق الأول[1] إلى أن سلطة الإدارة فـــي إنـــهاء العقـــد الإداري صورة من صور التعديل الانفرادي للعقد الإداري ، ووجهة نظرهم فـــي ذلـــك أن إنهاء العقد في حقيقته تعديل للشرط الخاص بمدة العقد ، على أساس أن قيـلم الإدارة بإنهاء العقد قبل نهاية المدة المحددة له هو في ذاته تعديل من جانب الإدارة للشـــرط التعاقدي الخاص بمدة العقد .

بينما ذهب الفريق الثاني[2] إلى أن سلطة الإدارة في إنـــهاء العقـــد الإداري سلطة مستقلة وقائمة بذاتها عن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد ، ومن أهم الحجج التي يسوقها أنصار هذا الرأي اختلاف الآثار المترتبة على ممارســـة كلتـــا السلطتين ، حيث أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري يترتب عليـــها انقضـــاء الروابط التعاقدية بين الإدارة ومتعاقديها ، ووضع نهاية حتميـــة وقاطعـــة للعقـــد الإداري على عكس سلطة الإدارة في تعديل العقد التي لا يـــترتب عليـــها انقضـــاء العقد، بل يستمر العقد قائماً ، وتظل الروابط التعاقدية بين الإدارة ومتعاقديها قائمة ، ويقتصر أثرها على زيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد مع الإدارة دون انقضاء العقد ذاته .

ورغم الخلاف القائم حول اعتبار سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقـــد الإداري سلطة مستقلة أم مجرد صورة من صور التعديل الانفرادي، فـــإن غالبيـــة

---

(1) عياد ، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

(2) السيد مرجع سابق ، ص ٤٣٦.

الفقه[1] تسلم للإدارة بسلطة الإنهاء الانفرادي دون أي خطأ من جانب المتعاقد ، طالما كانت المصلحة العامة تقضي بذلك، و بصدد كافة العقود الإدارية ، دون حاجة إلى تقريره صراحة في العقد أو القانون .

– موقف القضاء الإداري المقارن.

باستقراء الأحكام القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي نجد أنها قد أقرت وأكدت على مبدأ الاعتراف للإدارة بسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري قبل نهاية مدته المتفق عليها، باعتبار ذلك حقاً ثابتاً لها في كافة العقود الإدارية ، وبغض النظر عن سكوت العقد أو عن وجود نص صريح بمنح الإدارة الحق في ممارسة هذه السلطة .

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه " يجوز للإدارة إعمالاً لسلطتها العامة إنهاء تنفيذ العقد مقابل تعويض عادل " . كما قُضِيَ بأن " الفسخ كان نتيجة لمباشرة الإدارة للسلطة التي تتمتع بها بمقتضى القواعد العامة" وفي حكم آخر قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن "فسخ العقد الذي تم تنفيذه لم يكن ليحدث إلا إعمالاً لسلطة عامة تتمتع بها الإدارة في إنهاء العقود التي أبرمتها لصالح المرفق العام ، إذا قدرت مناسبة ذلك مقابل تعويض عادل [2]"

كما سلّم مجلس الدولة المصري في أحكامه المتواترة بهذا الحق للإدارة كقاعدة عامة تشمل جميع العقود الإدارية ودون حاجة إلى النص عليه صراحة في العقد أو القانون بل جعل هذا الحق طابعاً مميزاً للعقود الإدارية ،فقد قضى مجلس الدولة المصري بأن " العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص منا طه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسيره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري ، ويترتب على ذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا

---

(١) الطماوي ، مرجع سابق ، ص ٧٧١، مهنا ، مرجع سابق ، ص ١١٨٥، درويش ، مرجع سابق، ص ١٦٤، حسن ، مرجع سابق، ص ٢٦٧، السيد ، مرجع سابق، ص ٤٩٨، عياد ، مرجع سابق، ص ٢٦٧، الجرف ، مرجع سابق، ص ٦١٧.

(٢) مشار إلى هذه الأحكام في رسالة عياد، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

يقتضيه الصالح العام ، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه،وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر"[١] .

– موقف التشريع والقضاء الأردني

١. موقف التشريع الأردني :

اعترف المشرع الأردني للإدارة بالحق في إنهاء عقد الأشغال العامة بإرادتها المنفردة ، إذا ما رأت أن الاستمرار في تنفيذ العقد لا يخدم المصلحة العامة ، وهذا ما نصت عليه المادة ٨٠ من دفتر الشروط العامة لعقد المقاولة الموحدة" إذا رأى صاحب العمل وقبل إنجاز الأشغال موضوع العقد ، انه لأسباب خارجه عن ارادة المتعاقدين أو لأسباب يرى صاحب العمل معها أن الاستمرار في تنفيذ العقد لا يخدم مصلحته فعندها يحق لصاحب العمل أن يشعر المقاول إشعاراً بذلك ويقرر فسخ العقد أو إلغاء جزء من الأعمال المطلوبة ، وإذا ما تلقى المقاول إشعاراً بذلك ؛ فإن عليه أن يتوقف حالاً عن العمل حسب تعليمات صاحب العمل، وتتم تسوية حقوق المقاول لما تم إنجازه من أشغال ، وما تكبده من خسارة بسبب الفسخ او الالغاء الجزئي ، وذلك بموجب أحكام هذا العقد".

ونرى ، ان النص على منح الإدارة صاحبة العمل صلاحية الإنهاء بالإرادة المنفردة طبقاً لنصوص دفتر الشروط أو العقد لا يعبر عن أصالة وخصوصية العقد الإداري وتميزه عن العقد المدني، ولا يعتبر مظهراً لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي، بل انه مجرد تطبيق للقواعد والشروط الواردة في العقد والتي تعتبر ملزمة لكلا الطرفين ، ذلك آن أطراف العقد في العقود المدنية يملكون القدرة أيضا على الاعتراف لأحدهم بالحق في إنهاء العقد أثناء تنفيذه وقبل نهاية مدته، بمجرد إظهار أرادته في ذلك بموجب نص صريح في العقد يخوله هذه الصلاحية .

---

(١) حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٨-١٠ (١٩٦٨/٣/٢)مجموعة الأحكام ،ص ١٨٦٨ ، وحكمها رقم ٩٥٤-١٢ (١٩٧٠/٤/١١) ، مجموعة الأحكام ، ص ١٨٦٨ .

٢. موقف القضاء الأردني :

باستقراء الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الأردني في هذا المجال نجد أنه لا يعترف للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة استناداً إلى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ، حيث لا يجوز لأي طرف من أطراف العقد ان يستقل بإنهائه او تعديله دون موافقة الطرف الآخر .

فقد قضت محكمة التمييز أنه "لا يجوز لأحد المتعاقدين فسخ العقد بإرادته المنفردة إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون عملاً بالمادة ٢٤١ من القانون المدني ...."[١].

كما أكدت محكمة التمييز على هذا المبدأ في حكم آخر حيث قضت " إذا كان العقد المبرم بين الطرفين غير ممنوع بقانون أو نظام فهو ملزم لهما ، ولا يستطيع أحدهما أن يتحلل منه بإرادته المنفرده" [٢]

ولا شك أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي يطبقها القضاء الأردني غير قابلة للتطبيق على روابط القانون العام، ويجب استبعادها في مجال العقود الإدارية . ويتعين على القضاء الأردني ان يعترف للإدارة المتعاقدة بسلطة إنهاء العقد الاداري بإرادتها المنفردة في أي وقت قبل نهاية مدته، حتى وإن لم يكن منصوصاً على ذلك في العقد ذاته ، وإن لم يوجد نص قانوني يمنحها هذه السلطة. وذلك من أجل تمكين الإدارة من تنظيم المرافق العامة وادارتها ، وضمان حسن سيرها بانتظام واضطراد .

---

(١) تمييز حقوق رقم ٨٢/٥٢٣، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٨٢، عدد (١١) ، ص ١٥٦٥.

(٢) تمييز حقوق رقم ٧٧/١٧٤ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٧ ، عدد(١١،١٢) ، ص١٤٦، انظر أيضا تمييز حقوق رقم ٧٠/٩٦ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٠، عدد (٥،٦) ،ص ٤٣٨.

الفرع الثاني
الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي

يجمع الفقه الإداري الفرنسي والمصري، على حق الإدارة في إنـــهاء العقـد الإداري من جانب واحد وبدون صدور أي خطأ من جانب المتعاقد ، ولكن الخـلاف يدور حول أساس هذه السلطة ، ولذلك جرت محاولات عديدة في الفقه لـــرد هـذا الامتياز الاستثنائي المقرر للإدارة إلى فكرة المرفق العام وضرورة سيره بانتظـــام واضطراد، كما جرت محاولات أخرى بهدف رد هذا الامتياز إلى فكـرة السـلطة العامة، وقد حدا هذا بالفقه إلى معركة طويلة ، لأن البعض يعتـبر المرفـق العـام الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي ، بينما رأى الفريق الآخـر أن الأساس القانوني لسلطة إنهاء العقد يكمن في فكرة السلطة العامة، ولذلك ظهر اتجـاه حديث توفيقي يرى ان هذه السلطة تقوم على أساس مزدوج يستند إلى فكرة السـلطة العامة إلى جانب فكرة المرفق العام وضرورة سيره بانتظام واضطراد.

أولا : أساس المرفق العام وضرورة سيره بانتظام واضطراد

يرى فريق من الفقه، ان ضرورات المرفق العام هي أساس سلطة الإنـــهاء الانفرادي المقررة للإدارة . ويؤيد هذا الرأي الفقيه الفرنسي **(بيكينيو)** الذي يرى" أن للإدارة الحق في فسخ عقودها إذا اقتضى الصالح العام ذلك ، لأنه من غير المقبـول ان يصبح العقد حائلاً بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها وتأمين المنفعة العامة " [1]

ومن هذا الرأي الفقيه (بنوا) إذ يرى أن " سلطة الإدارة في فسخ العقد تسـتند إلى مصلحة المرفق والتي تقتضي إنهاء العقود التي أصبحت غـير متلائمـة مـع احتياجاته أو التي تشكل عبئا ثقيلا عليه "[2]

---

(1) مشار إلى هذا الراي في مؤلف السيد ، مرجع سابق، ص ٤٣٩.

(2) مشار إلى هذا الراي في رسالة عياد ، مرجع سابق ، ص ٢٦٤.

ولقد اعتنق جانب من الفقه المصري معيار المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري وعلى رأسهم الدكتور سليمان الطماوي والذي يرى أن " للإدارة أن تنهي العقود الإدارية إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام، أو أصبحت لا تحقق المصلحة العامة"[١]

ومن هذا الرأي ايضاً الأستاذ حسين درويش والذي يرى" أن هذه السلطة المخولة لجهة الإدارة تقوم على فكرة المرفق العام، إذ ينبغي الوفاء بحاجاته وجعلها مسايرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياتها، والإدارة دون سواها هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق " [٢]

ثانيا:أساس السلطة العامة

يرى فريق من الفقه أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد يكمن في فكرة السلطة العامة.

ومن مؤيدي هذا الرأي الفقيه الفرنسي "فيدل" إذ يقول أن ." الامتيازات الاستثنائية للإدارة ، ومن بينهما إنهاء العقد الإداري هي النتيجة الطبيعية والمنطقية لنظام السلطة العامة استقلالا عن اشتراطات العقد."[٣]

ومن أنصار هذا الاتجاه في الفقه المصري الدكتور احمد عياد حيث ذهب إلى ان "سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية إنما تقوم على فكرة السلطة العامة، اكثر من قيامها على فكرة المرفق العام، فالإدارة تمارسها في مجال العقود الإدارية عن طريق استعمال امتيازها في إصدار القرار التنفيذي وفي التنفيذ المباشر، أما فكرة مقتضيات المرفق العام فهي تصلح شرطا لممارسة هذه السلطة اكثر منها أساساً قانونيا لها "[٤]

---

(١) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٧٧٠.

(٢) درويش ، مرجع سابق ، ص ١٦٤.

(٣) مشار اليه ، مؤلف السيد ، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

(٤) عياد ، مرجع سابق ، ص ٢٦٦.

ثالثا: الأساس التوفيقي المزدوج

إن الخلاف القائم بين الفريقين السابقين حول الأساس القانوني لسلطة الإنـــهاء في العقود الإدارية ، يرجع إلى خلاف أعم وأشمل يـــدور حـــول أســـاس القـــانون الإداري بحسب ما إذا كان يقوم على أساس فكرة المرفق العام أم على أساس فكـــرة السلطة العامة،ومن هنا ظهر فريق ثالث يحاول التوفيق بين المعيـــارين الســـابقين ، ويرى ان الأساس القانوني لسلطة الإدارة يستند على مقتضيات المرفق العـــام مـــن ناحية وعلى فكرة السلطة العامة من ناحية أخرى .

" فمن ناحية ، فإن سلطة إنهاء العقد تقوم أساساً على فكرة الصالح العام، فـلا بد من تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعـــاقد مـــع الإدارة عنـــد تعارض كلتا المصلحتين، مما يتنافى مع الصالح العام الإبقاء على عقد اصبح غـــير ذي فائدة للمرفق العام، أو اصبح لا يتلاءم مع احتياجات المرافق العامة ، فلا بد أن يكون أسلوب إدارة المرافق قابلاً للتطور والتغيير في أي وقـــت طبقـــاً لمـــا تمليـــه المصلحة العامة .

ومن ناحية أخرى ، فإن سلطة الإدارة في إنهاء العقد تعتبر مـــن امتيـــازات القانون العام التي تميز النظام القانوني للعقود الإدارية عن عقود القانون الخـــاص، والتي بدونها تفقد نظرية العقد الإداري خصوصيتها، حيث تملك الإدارة في مجـــال العقد الإداري سلطات استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص لكي يتمكن من إجبار المتعاقد معها على تسيير المرفق العام بانتظام واضطراد......"[١]

([١]) السيد ، مرجع سابق، ص ٤٤٥، ومن هذا الرأي الهويدي ، مرجع سابق ، ص ٣٤.

المطلب الثاني
شروط ممارسة سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي

سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري سلطة تقديريه لجهة الإدارة ، ولكنها ليست سلطة مطلقه ، بل سلطه قانونية تمارسها طبقا لشروط محددة تكفل عدم إساءة استعمالها . ويمكن حصر هذه الشروط بشرطين أساسين ، **أولهما:** أن يقتضي الصالح العام ذلك الإنهاء ، **وثانيهما :** أن يتوافر لقرار الإدارة في الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية

وسوف نقوم بشرح كل شرط من هذين الشرطين في فرع مستقل .

الفرع الأول
أن يكون الإنهاء اقتضاه الصالح العام أو صالح المرفق العام .

يجب أن تستهدف الإدارة في إنهاء العقد الإداري تحقيق المصلحة العامة . فالمصلحة العامة تمثل بالنسبة للعمل الإداري الباعث والغاية ، واستهداف المصلحة العامة شرط موضوعي لمشروعية العمل الإداري ، وعلى عكس نشاط الأفراد الذين يستطيعون العمل في حدود الشريعة والأخلاق ، ومن أجل غايات تشمل المصالح الشخصية ، فإن الإدارة لا تعمل إلا في ضوء المصلحة العامة وحدها ، وألا شاب القرار عيب الانحراف بالسلطة [1]

وجدير بالذكر، أن بواعث المصلحة العامة المبررة للإنهاء متنوعة ، ولا يمكن حصرها وسنورد فيما يلي بعض الأمثلة لحالات اعتبرها القضاء الإداري من الأسباب التي تبرر الالتجاء إلى تلك السلطة .

([1]) حسن ، محمد مصطفى ، المصلحة العامة في القانون والتشريع الإسلامي ، مجلة العلوم الادارية ، ص٧.

- **زول الغرض الذي من أجله تعاقدت الإدارة :**

ومن أمثلتها وقف القتال الذي يؤدي إلى تخويل الإدارة حق إنهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربي [(١)] ،وفسخ عقد إصلاح وتحسين منشآت توصيل المياه في إحدى المدن لانقضاء احتياجات المدينة لهذا الاصطلاح بسبب انضمامها إلى مشروع عام لتوصيل المياه [(٢)] ،ومن أمثلتها إنهاء عقد توريد بوية أحذية للجيش بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود ، وبالتالي عدم صلاحيتها للغرض الذي تم التعاقد من أجله[(٣)].

- **إلغاء المرفق أو تعديل نطاقه على نحو يؤدي إلى الاستغناء عن العقود المتعلقة به :**

ومثال ذلك إلغاء عقود التطوع لإلغاء الوظائف الخاصة بالمتطوعين لإعادة تنظيم المرفق العام، أو إلغاء عقد الامتياز نظراً لتحويل طريق الإدارة من الامتياز إلى طريق الإدارة المباشرة [(٤)]، أو فسخ العقد الذي أصبح محله باطل الاستعمال لتطوير المرفق . [(٥)]

- **تغير الظروف في المجال الاقتصادي :**

حيث أجاز مجلس الدولة الفرنسي للإدارة سلطة إنهاء العقود الزائدة عن حاجتها والتي تنقل كاهل الميزانية الميزانية العامة للدولة ، وذلك من أجل حماية خزانة الدولة [(٦)].

---

(١) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٧٧٥.

(٢) عياد، مرجع سابق، ص ٢٦٩

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٥٧/٤/٢٠، مشار اليه في مؤلف اسماعيل ، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

(٤) هادي ، مرجع سابق، ص ٥٠٣.

(٥) عياد، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

(٦) السيد ، مرجع سابق ، ص ٥٠٧.

ويشترط القضاء الإداري وجوب توافر شرط المصلحة العامة في حالـــة إذا كان حق الإنهاء الانفرادي منصوصاً عليه في العقد ومقررا للإدارة باتفاق الطرفين، فقد قررت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن "العقد المبرم بين مصلحة التنظيـم واحد الأفراد بشأن تأجير مقصف المصلحة ، وإن كان قد نص على حق المصلحـة في إلغائه في أي وقت تشاء ، إلا أن ذلك منوط بوجود مصلحـــة عامـة تقتضـي إلغاءه"[١]

يترتب على ما تقدم،انه يجب على الإدارة أن تمارس سلطتها فـــي الإنـــهاء الانفرادي من أجل تحقيق الصالح العام ومصلحة المرفق العام، ولا تستطيع ممارسة سلطتها في الإنهاء من أجل باعث أو سبب آخر خلاف المصلحـــة العامـــة، مثـل الأسباب الشخصية ، كالعداء الشخصي للمتعاقد ، أو غير ذلك من الأسباب التـي لا تتعلق بالمصلحة العامة، وإلا كان قرارها غير مشروع وحرّياً بالإلغاء .

الفرع الثاني

أن يتوافر في قرار الإنهاء جميع الشروط اللازمة لمشروعية أعمال السلطة التقديرية .

تعتبر سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة – لدواعي المصلحة العامة– سلطة تقديرية لجهة الإدارة ، لكن ذلك لا يعني أنها مطلقة ، بل لا بد من مراعاة الإجراءات والشروط المنصوص عليها في العقد أو في القانون ، ومن أهم هذه الشروط :

١.صدور القرار بإنهاء العقد الإداري من الجهة المختصـــة بـإصداره[٢]، وهـي بحسب الأصل الجهة التي أبرمت العقد ، ما لم ينص العقد أو القانون على جهـة أخرى .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٣/٧/٢٧، المجموعة السنة السابعة ، ص ١٦٨٠.

(٢) عياد، مرجع سابق ، ص ٢٧١.

٢. مراعاة الشكليات المنصوص عليها في العقد أو القانون، كما لو تطلبت التزام الإدارة بإنذار المتعاقد معها قبل إصدار قرار الإنهاء ، أو ضرورة تصديق القرار من سلطة أعلى ، فإذا لم تراع هذه الشكليات يعتبر قرارها بالإنهاء غير مشروع .

٣.يجب أن يستهدف قرار الإنهاء تحقيق الصالح العام، فإذا صدر القرار خلافاً لذلك، فإنه يعتبر معيبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة ، كما لو أصدر الإنهاء لتحقيق منفعة مالية أو لتحقيق غرض شخصي .

المطلب الثالث

حق المتعاقد بالتعويض المالي

تعتبر سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة امتيازاً غير مألوف مقرراً لها في مواجهة المتعاقد معها، وبدون حاجة لصدور أي خطأ من جانبه، ومن هنا، كان متعينا حفظ حق المتعاقد بالتعويض عن إنهاء الإدارة لعقده قبل الأوان .

وليس من شك في أن التعويض المستحق في هذه الحالة لا يكون مؤسساً على وجود خطأ ثابت من جانب الإدارة؛ لان الإدارة لم تقم إلا بممارسة حق اقره لها العقد بمقتضى المبادئ العامة [١] ،ولذلك فإن المتعاقد يستحق تعويضاً كاملاً عن الإنهاء لعقده لدواعي المصلحة العامة ودون حاجة إلى إثبات صدور أي خطأ من جانب الإدارة [٢].

وتجدر الإشارة ، إلى أن التعويض المستحق في مثل هذه الحالة يخضع للأحكام العامة المقررة في هذا الشأن ، ومنها شرط حصول ضرر من جراء إنهاء

---

(١) الهويدي ، مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٢) السيد ، مرجع سابق ، ص ٥٣٦.

العقد ، فإذا ثبت ان إنهاء العقد لم يرتب ضرراً للمتعاقد فلا يستحق تعويضاً ، كما لو أسفرت العملية التعاقدية عن خسارة للمتعاقد [١].

ويختلف مقدار التعويض المستحق للمتعاقد من حيث تقديره والأساس القائم عليها حسابه باختلاف الفرضين التاليين : -

الفرض الأول : التعويض باتفاقي والقانوني

قد ينظم العقد الإداري محل الإنهاء ، أو القوانين أو الأنظمة الخاضع لها ذلك العقد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد عن إنهاء عقده وعناصره ، وفي مثل هذه الحالة يجب أعمال شروط العقد ، او مضمون القوانين ، حتى وإن تضمنت حرمان المتعاقد من التعويض [٢].

الفرض الثاني : التعويض القضائي :

إذا لم يحدد العقد أو القانون مقدار التعويض الذي يستحقه المتعاقد فإن القاضي – في هذه الحالة – هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد .

والتعويض الذي يستحقه المتعاقد في هذه الحالة هو التعويض الكامل الذي يغطي جميع ما يلحق المتعاقد من خسارة ، وما فاته من كسب .

في ضوء ما تقدم ، فإن التعويض الكامل يكون مشتملاً على عنصرين أساسيين هما:

العنصر الأول : تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة .

وهذا العنصر من عناصر التعويض لا يجوز المساس به ، ولا ترد عليه أي استثناءات أو قيود[٣] بشرط ان تكون رابطة السببية المباشرة ثابتة بطبيعة الحال بين انهاء العقد والخسارة التي لحقت بالمتعاقد .

---

(١) الطماوي ، مرجع سابق، ص ١٨٨.

(٢) عياد، مرجع سابق ، ص ٢٧٤.

(٣) عياد ، مرجع سابق ، ص ٢٧٥.

ولا شك أن هذا العنصر يشمل كافة النتائج والأحداث الضارة التـي لحقـت بالمتعاقد نتيجة الإنهاء المبتسر لعقده ، ويمكن أن يدخل في تقدير التعويض الأضرار المعنوية التي لحقت بالمتعاقد نتيجة إنهاء عقده [١]،كما لو اثر إنـهاء العقـد علـى السمعة التجارية للمتعاقد .

وجدير بالذكر، أن القاضي الإداري يرفض تعويض المتعاقد عن الأضـرار غير المنسوبة مباشرة إلى فترة تنفيذ العقد ، وبحيث لا يستطيع المتعاقد أن يطـالب على أساس تعاقدي التعويض عن خسائر الاستغلال السابقة على التوقيع على العقـد وإبرامه اواللاحقه لإنهائه [٢].

العنصر الثاني : تعويض المتعاقد عما فاته من ربح

اقر مجلس الدولة الفرنسي عنصر الربح الفائت على المتعـاقد إلـى جـانب عنصر الخسارة المتحققة له كعنصرين للتعويض الكامل الذي يسـتحقه المتعـاقد نتيجة إنهاء العقد، وإذا كان الأصل أن يشتمل التعويض الكـامل علـى عنصـري الخسارة المتحققة والربح الفائت إلا ان مجلس الدولة الفرنسي قد استبعد التعويـض عن الربح الغائب من نطاق التعويض المحكوم به للمتعاقد في الأحوال آلاتية :

١. استبعاد الربح الفائت بسبب الظروف الخارجة عن إرادة الإدارة :

يستبعد الربح الفائت من نطاق التعويض المحكوم به للمتعـاقد فـي جميـع الحالات التي يثبت فيها أن إنهاء العقد للمتعاقد كان راجعاً إلى ظروف خارجيـة لا يد للإدارة فيها وتجعل الإنهاء نتيجة لا يكن تجنبها على الأقل من حيث الواقع ومـن أمثلتها إنهاء العقود التي أبرمتها الإدارة بسبب الحرب [٣].

---

(١) الطماوي ، مرجع سابق ، ص٧٧٧ .

(٢)السيد ، مرجع سابق، ص ٥٤١.

(٣) درويش ، مرجع سابق، ص ١٦٥.

٢. استبعاد الربح الفائت بسبب تنازل المتعاقد عن تنفيذ العقد

استبعد مجلس الدولة الفرنسي -بالإضافة للحالة السابقة - التعويض عن الربح الفائت في حالة ما إذا كان إنهاء العقد راجعا إلى تخلي المتعاقد نفسه عن تنفيذ العقد بموافقة الإدارة [١].

- موقف القضاء الأردني :

باستقراء الأحكام القضائية الصادرة في الأردن ، نجد ان قضاءها قد اعترف للمتعاقد بالحق في التعويض عن الضرر الذي يلحق به من جراء إنهاء العقد من جانب الإدارة بارداتها المنفردة .

وهذا ما أكدته محكمة التمييز في حكمها الصادر في ١٩٧٠/٦/٤ وتتلخص وقائع القضية فيما يلي:

" تعاقدت الحكومة مع المدعي على أن يعمل لها عدداً من جوازات السفر بمواصفات معينة مقابل مبلغ معين ، وبناءً على هذا الاتفاق قام بعمل قسم منها، وسلمه إلى الحكومة ، إلا أن الحكومة بعد ذلك وبإرادتها المنفردة فسخت العقد بالنسبة للقسم الباقي وطلبت إليه عدم طبعها وتحضيرها ، وإذا كان المدعي قد قام بشراء وإعداد كافة المواد اللازمة للقسم الباقي من الجوازات ومهرها بشعار المملكة بحيث أصبحت غير صالحة لان تستعمل إلا للغرض المبين في العقد ، فإنه يترتب على ذلك أن المدعي لا يستحق ثمن الجوازات الباقية ، وإنما يكون له حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء الفسخ" [٢].

ولم يأخذ القضاء الأردني بمبدأ التعويض الكامل المستقر في القضاء المقارن ، لكنه يقصر التعويض على الخسارة التي لحقت بالمتعاقد دون عنصر الربح الفائت حيث قضت محكمة التمييز أن "التضمينات التي تستحقها المدعية مقابل ما لحق بها

---

[١] عياد ، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

[٢] تمييز حقوق رقم ٧٠/٩٦، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٠،عدد (٥،٦)، ص ٤٣٨ .

من ضرر من جراء الفسخ المخالف للقانون هو الضرر والخسارة اللاحقة بها فعـــلاً دون الربح الذي أضحت محرومة منه " (١).

(١) تمييز حقوق رقم ٨٢/٥٢٣ مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، لسنة ١٩٨٢، عدد (١) ص ١٥٦٥.

المبحث الثاني
سلطة الإدارة في إنهاء عقد امتياز المرفق العام
دون خطأ الملتزم (استرداد الامتياز)

تعتبر سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية متى اقتضى الصالح العام ذلك، ودون صدور أي خطأ من جانب المتعاقد ، حق معترف به للإدارة في كافة العقود الإدارية دون استثناء ، بما في ذلك عقود امتياز المرافق العامة .

ويطلق على حق الإدارة في إنهاء عقد امتياز المرفق العام لضرورات المصلحة العامة اصطلاح (استرداد الامتياز)

وعلى الرغم إن استرداد الامتياز هو تطبيق لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي، ويخضع للأحكام العامة التي سبق الحديث عنها ، إلا أنه نظراً لأهميته العملية والقانونية ، والتي تتمثل في ضرورة إجراء نوع من التوفيق بين سلطة الإدارة الأكيدة في إنهاء عقد الامتياز والتي لا يمكن التنازل عنها ، وبين المصالح المالية للملتزم، لذلك فإنه يخضع إلى الكثير من الأحكام التفصيلية الخاصة به .

وسوف نتناول الأحكام الخاصة بإنهاء عقد الإمتياز من حيث تحديد ماهيته ، وعرض صوره، و تحديد نظامها القانوني ، وأخيراً نحاول توضيح موقف اتفاقيات الامتياز الأردنية من استرداد الامتياز.

في ضوء ما تقدم سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تحديد ماهية الاسترداد

المطلب الثاني : صور الاسترداد

المطلب الثالث : سلطة الإدارة في استرداد الامتياز (دراسة تطبيقية في الأردن)

المطلب الأول
تحديد ماهية استرداد الامتياز

سوف نقسم الحديث في هذا المطلب إلى فرعين ، نحدد في أولهما المقصود باسترداد الامتياز ، ونفرق في ثانيهما بين استرداد الامتياز وإسقاط الامتياز باعتبارهما من طرق إنهاء عقد امتياز المرافق العامة إنهاء مبتسراً قبل نهاية مدته المحددة له.

الفرع الأول
تعريف استرداد الامتياز

يعرّف جانب من الفقه الاسترداد بأنه ذلك "القرار الإنفرادي والتقديري والذي عن طريقه تنهي الإدارة الامتياز قبل التاريخ المحدد في العقد لانقضائه ، وذلك لمصلحة المرفق العام ،من أجل وضعه تحت الإدارة المباشرة من جانب الإدارة " [١]

كما يعرّفه جانب آخر بأنه " فسخ عقد الامتياز استعمالاً من الإدارة لحقها في إنهاء العقود الإدارية ودون أي خطأ من المتعاقد لدواعي لصالح العام " [٢]

كما يعرّفه جانب آخر بأنه " القرار المنفرد الذي بموجبه ينهي مانح الامتياز وخارج حالة سقوط الأجل ، ودون أي خطأ من الملتزم ، وذلك قبل التاريخ المحدد لانقضائه، لمصلحة المرفق وتنظيمه بالإدارة المباشرة ."[٣]

ويعرّفه آخرون بأنه " عبارة عن إنهاء الإدارة لعقد الامتياز قبل نهايته الطبيعية ودون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه تعويضاً عادلاً "[٤]

كما يعرّف بأنه " إجراء تملك الإدارة اتخاذه ، فتنهي به العقد قبل انتهاء مدته ودون خطأ المتعاقد ، ومقابل تعويض الملتزم التعويض الكافي" [١]

---

(١) السيد ، مرجع سابق ، ص ٥٩٠

(٢) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٧٩٠

(٣) هادي ، مرجع سابق، ص ٥٩١

(١) خميس، مرجع سابق، ص ١٦٨

في ضوء هذه التعريفات ، يمكننا القول بأن استرداد الامتياز عبارة عن "اجراء انفرادي صادر من جانب الإدارة مانحة الامتياز ، وقبل نهاية مدته العادية المنصوص عليها في العقد ، وذلك بقصد إنهاء هذا العقد واسترجاع المرفق محل الامتياز من الملتزم لاسباب تتعلق بالمصلحة العامة، أو مصلحة المرفق، كإعادة تنظيمه أو تحويل طريقة ادارته من نظام الامتياز إلى نظام الإدارة المباشرة من جانب مانح الامتياز ، وذلك مقابل قيام مانح الامتياز بتعويض الملتزم تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة ، وعما فاته من كسب نتيجة إنهاء عقده قبل موعده الطبيعي "

الفرع الثاني
التمييز بين الاسترداد وإسقاط الامتياز

يتفق استرداد الامتياز مع اصطلاح إسقاط الامتياز في أن كلاً منهما يؤدي إلى إنهاء عقد الامتياز نهاية قطعية، وإلى استبعاد الملتزم بصفة نهائية من إدارة واستغلال المرفق العام محل الامتياز . وإذا كان هناك اوجه شبه بين الاسترداد والإسقاط إلا أن هناك أوجه اختلاف بينهما من عدة زوايا .

أولا : من حيث الجهة المختصة بإصداره

فالإسقاط يصدر عادة – في فرنسا– من قاضي العقد وليس من الإدارة مانحة الامتياز ، إلا إذا احتفظت الإدارة بحقها في توقيع جزاء الإسقاط بمقتضى شرط صريح في العقد أو في دفاتر الشروط .

بينما يصدر الاسترداد دائما من الإدارة مانحة الامتياز بناء على سلطتها التقديرية في تقدير احتياجات المرافق العامة والمصلحة العامة ، ولا يمكن أن يصدر من جانب قاضي العقد .

([١]) درويش ، مرجع سابق، ص ١٦٨.

ثانيا : من حيث الغرض المقصود من كل منهما

الغرض المقصود من الاسترداد يختلف تماماً عن الغرض من الإسقاط ، فالاسترداد مجرد إجراء يقصد به تحقيق المصلحة العامة و مصلحة المرفق العام، ولذلك تمارسه الإدارة دون صدور أي خطأ من جانب المتعاقد، بينما الإسقاط – كما رأينا – جزاءً توقعه الإدارة أو قاضي العقد على الملتزم نتيجة ارتكابه لمخالفات جسيمه في تنفيذ التزاماته، حتى لا يتعرض المرفق العام محل الامتياز للخطر أو التوقف.

ثالثا: من حيث حق الملتزم بالتعويض المالي

يستحق الملتزم في حالة استرداد الامتياز تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب نتيجة الاسترداد لدواعي المصلحة العامة وبدون صدور أي خطأ من جانبه ، بينما في حالة اسقاط الامتياز لا يستحق الملتزم أي تعويض عن إنهاء امتيازه ، لان إنهاء العقد كان نتيجة لخطئه الجسيم في تنفيذ التزاماته، بل أن الإدارة تملك أن تلزم المتعاقد في هذه الحالة بأن يدفع تعويضات لها عن الأضرار التي لحقت بالمرفق نتيجة أخطائه الجسيمة .

المطلب الثاني
صور استرداد الامتياز

من المسلم به أن للإدارة حق إنهاء عقد امتياز المرفق العام ، سواءً ورد النص عليه صراحة في العقد أو لم يرد ، ومع ذلك إذا ورد نص عليه ينظم ممارسته سمي بالاسترداد التعاقدي . أما إذا لم يرد النص على حق ممارسته سمي بالاسترداد غير التعاقدي ، واخيراً ، قد يتم الإنهاء بتدخل المشرع عن طريق صدور قانون خاص ينظم إنهاء المرفق، ويطلق على الاسترداد في مثل هذه الحالة الاسترداد القانوني أو الاسترداد بنص القانون.

بناء على ما تقوم ، فإن الاسترداد يأخذ في العمل أحد الأوضاع الآتية :

أولا : الاسترداد المنصوص عليه في العقد (الاسترداد التعاقدي)

ثانيا : الاسترداد غير المنصوص عليه في العقد (الاسترداد غير التعاقدي)

ثالثا : الاسترداد بنص القانون .

وسوف ندرس كل صورة من هذه الصور في فرع مستقل فيما يلي تباعاً:

الفرع الأول
الاسترداد التعاقدي

قد ينص العقد على حق الإدارة في استرداد الامتياز ، وينظم كيفية مباشرة هذا الحق، ويطلق على الاسترداد في هذه الحالة الاسترداد التعاقدي.

وهذا هو الوضع الغالب في عقود الامتياز ، حيث تحرص الإدارة في الغالب على أدراج شرط في العقد تحتفظ بمقتضاه بحقها في ممارسة الاسترداد في أي وقت قبل نهاية مدة الامتياز . بل أن المشرع المصري يجعل هذا النظام قاعدة عامة واجبة الاتباع في جميع عقود الامتياز . حيث أوجبت المادة الرابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٥٤" على الإدارة أن تحدد في وثيقة الامتياز شروط وأوضاع استرداد قبل انتهاء مدته" .

وهذا الحق ، وان كان حقاً أصيلاً تمارسه الإدارة بارادتها المنفردة إلا ان الفقه يعتبر الشروط المتعلقة به ، و المدرجة بوثيقة الامتياز شروطاً تعاقدية يتعين على القاضي أن يطبقها بدقة وأن يستجلي في تفسيرها – إذا اقتضى الأمر – النية المشتركة للمتعاقدين [١].

ويخضع الاسترداد التعاقدي للأحكام العامة المقررة لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي في مجال العقود الإدارية ، إلا أن هناك بعض الأحكام التفصيلية الخاصة به من حيث شروط ممارسته، و الآثار القانونية المترتبة عليه .

أولا : شروط ممارسة الاسترداد التعاقدي

يمكن إجمال الشروط الخاصة بممارسة الإدارة سلطتها في الاسترداد التعاقدي بما يلي:

١.يتعين أن ينص على هذا النوع من الاسترداد صراحة في العقد ، فإذا نص العقد على حق الإدارة في الاسترداد ، ثم انتهى هذا العقد و دخلت مع الملتزم في عقد

---

(١) عياد ، مرجع سابق، ص ٢٧٧.

جديد ، وخلا العقد الجديد من الشرط السابق ، فلا تستطيع الإدارة في هذه الحالة ممارسة الاسترداد المنصوص عليه في العقد القديم على العقد الجديد[١] ، ولكن هذا لا يمنعها من إنهاء العقد بإرادتها المنفردة طبقا للقواعد العامة المقررة بهذا الصدد .

٢. على الإدارة ان تنذر الملتزم برغبتها في استرداد الامتياز ، ويجب أن يتم ذلك خلال الفترة التي يحددها العقد أو دفاتر الشروط [٢].

٣.إذا ما حدد العقد مدة لا يجوز الاسترداد الا بعد انقضاءها، فلا يجوز أن يتم الاسترداد قبلا انقضاء هذه المدة ، فقد تتضمن عقود الامتياز حدا أدنى من المدة التي لا يجوز للإدارة استرداد الامتياز خلالها ، ويجب على الإدارة ان تحترم هذا الشرط ، فإذا رغبت في إنهاء الامتياز قبل انقضاء هذه المدة ، فهي تلجأ في هذه الحالة إلى ممارسة سلطتها العامة في الإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة .

٤.إذا تضمن العقد الأسباب التي تبرر للإدارة الحق في استرداد الامتياز ، فإن على الإدارة احترام هذه الأسباب والتقيد بها، فالاسترداد التعاقدي لا يمكن ممارسته إلا طبقاً لنصوص العقد ، ووفقا للأسباب الواردة به [٣]

أما إذا خلا عقد الامتياز من تحديد الأسباب التي تبرر للإدارة استرداد الامتياز ، فإن الإدارة تملك تقرير الاسترداد ، ولكن لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، باعتباره شرطاً عاماً . يهيمن على جميع تصرفات الإدارة ، فإذا لجأت الإدارة إلى استرداد المرفق لمجرد تحقيق أغراض مالية ، فإن مثل هذا الاسترداد يكون مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة العامة .

٥ . من حيث السلطة المختصة بممارسة حق الاسترداد فهي بحسب الأصل السلطة المختصة بإبرام العقد ، ما لم ينص على خلاف ذلك في العقد أو في دفاتر الشروط.

---

(١) الطماوي ، مرجع سابق، ص٧٩١.

(٢) هادي ، رجع سابق ، ص ٥١٢.

(٣) السيد ، مرجع سابق، ص ٦٣٢.

هذه هي الشروط الخاصة بممارسة الإدارة لسلطتها في الاسترداد التعاقدي، ويتعين عليها احترامها، فإذا مارست الإدارة حق الاسترداد دون احترامها للشروط المنصوص عليها في العقد ، أو لأسباب غير مشروعة ، فإن القاضي يستطيع الحكم بعدم الاعتداد بالاسترداد غير المشروع، كما أنه يستطيع ان يحكم على جهة الإدارة بتعويض المتعاقد عما لحقه من أضرار .

ثانيا : آثار الاسترداد التعاقدي :

يترتب على ممارسة الإدارة لسلطتها في استرداد الامتياز طبقا لشروط العقد الآثار القانونية التالية:

١.انتهاء عقد امتياز المرفق العام نهاية قطعية ، وانقضاء العلاقات العقدية بين كل من مانح الامتياز والملتزم [١]، ويجب أن يشمل الاسترداد المرفق كله ، ما لم ينص العقد صراحة على غير ذلك .[٢]

٢.بالنسبة لمصير الالتزامات المالية التي يتحملها الملتزم في مواجهة الغير ، يجب أن نفرق في هذا الصدد بين حالة ما إذا كان هناك نص في العقد أو في دفاتر الشروط ينظم هذا الموضوع أم لا:

أ . إذا ورد نص في العقد أو في دفاتر الشروط ينظم مسألة الالتزامات، وجب على الإدارة التقيد به، ولا تستطيع أن تتحلل من التزامات المتعاقد في مواجهة الغير، إلا اذا ثبت ان ذلك المتعاقد قد تحمل التزامات لا يقتضيها التفسير المعقول للعقد .[٣]

ب. اذا لم ينظم العقد او دفاتر الشروط هذه المسألة فالمسلم به ان الإدارة تتحمل من هذه الالتزامات المالية ما تقتضيه الإدارة العادية للمرفق ، كما تتحمل الإدارة الالتزامات التي علمت بها مسبقا ، ولم تبد أي اعتراض بشأنها .[٤]

---

(١) الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٩٣.

(٢) درويش ، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٣) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٧٩٣.

(٤) عياد ، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

٣. يترتب على ممارسة الإدارة لحق الاسترداد ، وعودة المرفق العام للإدارة ، حق الملتزم بالتعويض المالي عن الخسائر التي لحقت به ، والأرباح التي فاته تحقيقها . ويجب على القاضي أن يفسر النصوص المتعلقة بالتعويض تفسيراً دقيقاً باعتبارها شروطا تعاقدية وليست تنظيمية .

وغالبا ما ينص العقد صراحة على طريقة دفع التعويض للملتزم في حال استرداد الامتياز ، ويكون أما بدفع مبلغ إجمالي للملتزم، أو عن طريق دفع أقساط سنوية لمدة محدودة ، وقد ينص عقد الامتياز على إحدى هاتين الطريقتين على أن يكون لمانح الامتياز أو الملتزم الحق في اختيار إحدى هاتين الطريقتين .

- الطريقة الأولى : التعويض الإجمالي

عندما ينص عقد الامتياز على دفع التعويض عن الاسترداد في صورة مبلغ إجمالي ، فإن هذا التعويض الإجمالي يشتمل عنصرين .

العنصر الأول : مواجهة النفقات اللازمة لتغطية لرأس المال [١] أي الأموال التي أنفقها الملتزم على تجهيز المرفق وإعداده

العنصر الثاني: ما يفقده الملتزم من أرباح نتيجة لاسترداد المرفق قبل موعده المحدد، ويقدر عادة وفقا لمتوسط الأرباح الملتزم خلال عدد- يحدده العقد من السنوات –التي تسبق الاسترداد مباشرة [٢].

- الطريقة الثانية : التعويض في صورة أقساط سنوية

ويدخل في تقدير التعويض وفقا لهذه الطريقة ، العنصران السابق ذكرهما أعلاه ، ولكن التعويض لا يدفع مرة واحدة للملتزم ، ولكن الإدارة تقسطه على عدد معين من السنين يتفق عليها الطرفان مسبقاً في العقد .

---

(١) السيد ، مرجع سابق ، ص ٦٦٩.

(٢)الطماوي ،مرجع سابق ، ص ٧٩٥.

الفرع الثاني
الاسترداد غير التعاقدي

وهو الاسترداد الذي تمارسه الإدارة مانحة الامتياز، بإرادتها المنفردة ، ومن جانب واحد ، أثناء تنفيذ العقد ، وقبل نهاية مدته، ، دون أن يكون قد ورد نص في العقد يقضي بإمكانية ممارسته الاسترداد الذي تمارسه الإدارة خلال المدة المحظور فيها استرداد الامتياز طبقاً لنصوص العقد .

في ضوء ما تقدم ،فإن هذا النوع من الاسترداد قابل لتلقي نوعين من التطبيق:

١.عندما لا يكون في العقد أي شرط للاسترداد .

٢. عندما يتضمن العقد شرط الاسترداد التعاقدي خلال فترة معينة ، ويتم الاسترداد خلا ل الفترة التي لا يجيز العقد فيها للإدارة ممارسة حقها في الاسترداد .

وإذا كان الاسترداد التعاقدي لم يثر الخلاف – بين الفقهاء – سواء في وجوده وشروط استعماله أو في آثاره ، بالنسبة للملتزم وبالنسبة للغير ، فإن الاسترداد غير التعاقدي ، قد صاحبه خلاف في الأراء بين الفقهاء ، ويمكن الإشارة إلى مجمل الآراء في هذا الصدد في ثلاثة اتجاهات فقهية [١] :

أولا : الاتجاه المنكر لفكرة الاسترداد غير التعاقدي .

ينكر جانب من الفقه [٢]فكرة الاسترداد غير التعاقدي ترتيبا على إنكاره لفكرة الإنهاء خارج نصوص عقد الامتياز ، ويرى هذا الجانب أن سلطة الإدارة في الاسترداد لا توجد إلا في الحالات وبالأوضاع المنصوص عليها في دفتر الشروط، ويرى هذا الجانب أيضا أن للملتزم حق مكتسب في استغلال المرفق حتى انتهاء مدة الامتياز ، وأنه يترتب على ذلك أن الإدارة لا تستطيع فسخ العقد بإرادتها المنفردة،إذا لم يوجد نص تعاقدي يعطيها هذا الحق، او لم تحدث قوة قاهرة تجيز تقرير هذا الفسخ .

---

(١) مشار إلى هذه الآراء الفقهية بالتفصيل في مؤلف السيد ، مرجع سابق ، ص ٦٧٧-٦٩٢.

(٢) هادي ، مرجع سابق ، ص ٥٤١.

ثانيا : الاتجاه المؤيد لفكرة الاسترداد غير التعاقدي .

يسلم جانب من الفقه [١] بحق الإدارة في الاسترداد سواء كان منصوصاً عليه في العقد أو لم يكن منصوصاً عليه ، غاية ما هنالك انه إذا كان حق الاسترداد منصوصاً عليه في العقد سمي بالاسترداد التعاقدي ، أما إذا لم يكن منصوصا عليه في العقد ، أو باشرته الإدارة خلال الفترة التي نص العقد على عدم جواز الاسترداد خلالها سمي بالاسترداد غير التعاقدي .

ثالثا : الاتجاه المؤيد لوجود سلطة الإدارة في إنهاء عقد الامتياز بإرادتها المنفردة خارج نصوص العقد أو دفاتر الشرط، ليس باعتباره من قبيل الاسترداد غير التعاقدي بل مجرد تطبيق من تطبيقات سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري خارج نصوص العقد ودفاتر الشروط طبقاً للقواعد العامة .[٢]

ويرى هذا الجانب قصر عبارة الاسترداد على حالة واحدة هي الاسترداد طبقاً لشروط عقد الامتياز (أي الاسترداد التعاقدي) ، وبشرط أن يكون الغرض من هذا الاسترداد إحلال الإدارة المباشرة محل الامتياز، أما إذا قصد من الاسترداد إلغاء المرفق فيجب استعمال عبارة الفسخ .

وخلاصة هذا الرأي ، أن الاسترداد عملية خاصة بعقد امتياز المرافق العامة ، وهي لا توجد إلا إذا نص عليها في العقد ، وفي خارج هذا النطاق فإن حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية يبقى قائما فيما يتعلق بهذا الاميتاز في أي وقت وفقاً للقواعد العامة.

ولما كان الاسترداد بالمعنى الفني هو الاسترداد المنصوص عليه في العقد (أي الاسترداد التعاقدي) ، أما في حالة عدم النص على هذه الوسيلة في العقد ، فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة .

---

(١) درويش ، مرجع سابق ، ص ٢٨١. الطماوي ، مرجع سابق، ص٧٩٥.

(٢) عياد ، مرجع سابق، ص ٢٨١.

بمعنى أن حق الإدارة في إنهاء تلك العقود نزولا عند مقتضيات الصالح العام يقابله حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل يغطي جميع مـــا يلحقـه مـن خسارة وما يفوته من كسب وفقا للقواعد المقررة في هذا الصدد .

الفرع الثالث

الاسترداد القانوني

وهو الاسترداد الذي يقرره المشرع بمقتضى قانون خاص من اجل مباشـــرة الاسترداد إذا لم يكن منصوصاً عليه في عقد الامتياز أو من أجل تنظيم الاســـترداد طبقا لأوضاع مختلفة عن تلك الأوضاع المنصوص عليها في العقد .(١)

فقد يحدث أحيانا أن يتدخل المشرع كي ينظم بنفســـه الإجـراءات الخاصـــة باسترداد بعض المرافق العامة من الملتزمين الذي يديرونها ، وهذا التدخـــل مـــن جانب المشرع ليس غريبا، فكما أن منح الامتياز في بعض الحـــالات لا يكـــون إلا بقانون فإنه من الطبيعي كذلك أن يقرر القانون استرداد الامتياز(٢)

وقد تدخل المشرع الفرنسي منذ عام ١٨٤٥ ،في هذا الشأن ، حيث أصدر في مجـال عقود الامتياز قوانين خاصة نظم بها استرداد بعض المرافق العامـــة التـــي تـــدار بطريقة الامتياز ، من هذه القوانين : (٣)

- قانون ١٨٤٥/٥/٢٩ ،والمتعلق باسترداد الجسور ذات العوائد .
- قانون ١٩١٩/٤/١٧ ،والذي يبيح للإدارة استرداد بعض المرافق المـــدارة عـــن طريق الامتياز في أحوال معينة ومن أحدث الأمثلة على ذلك القانون الفرنســـي الصادر بتاريخ ١٩٤٧/٧/٣١ ،لاسترداد المرافق المحليـــة لإدارتـــها بـــالطريق المباشرة . أو بطريقة الاقتصاد المختلط .

---

(١) السيد ، مرجع سابق ، ص ٥٩٩.

(٢) السيد ، مرجع سابق، ص ٥٩٩.

(٣) عياد ، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

وفي مصر ، لجأ المشرع المصري إلى هذه الوسيلة لإنهاء امتياز قناة السويس البحرية ، وذلك بمقتضى القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ ،والمسمى بقانون تأميم الشركة العالمية لقناة السويس .

ولقد اختلف الفقه المصري فيما إذا كان هذا القانون استرداداً أم لا ؟ وتذهب غالبية الفقه أن هذه الحالة (استرداد قانوني للمرفق)[1] في حين أن جانباً من الفقه يرى ان هذه الحالة هي إنهاء للعقد وليس استرداداً له . فالاسترداد قاصراً على حالة الاسترداد المنصوص عليه في العقد أو في دفاتر الشروط ، أما فيما يتعلق بهذه الحالة فإنه يعتبر إنهاء للعقد الإداري بالإرادة المنفردة طبقا للقواعد العامة . [2]

المطلب الثالث

سلطة الإدارة في إنهاء عقود امتياز المرافق العامة

(دراسة تطبيقية في الأردن)

سوف نتناول موقف اتفاقيات الامتياز الأردنية من سلطة الإدارة في إنهاء الامتياز بإرادتها المنفردة ، من حيث مدى وجود هذه السلطة ، وشروطها وإجراءاتها وأخيراً من حيث الآثار القانونية المترتبة عليها .

الفرع الأول

مدى وجود حق ا لإدارة في إنهاء امتياز المرفق العام

جرت العادة أن تتضمن اتفاقيات الامتياز نصاً يقضي بحق الإدارة المتعاقدة في شراء المشروع أثناء تنفيذ العقد وقبل نهاية مدة الامتياز ، لمصلحة المرفق العام ولتنظيمه بالإدارة المباشرة ، إذا تبين لها أن الامتياز كأسلوب لإدارة المرفق لم يعد يحقق النتائج المتوخاه منه . حيث تنص المادة ٩/ اتفاقية الدباغة "لا يحق للحكومة

([1]) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٧٩٩، هادي ، مرجع سابق، ص ٥١٦.

([2]) عياد ، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

شراء المشروع أو أي جزء به خلال مدة الامتياز" كما تنص المـــادة ١٤/ اتفاقيـــة البترول " للحكومة خلال مدة الامتياز شراء المشروع " وتنص المادة ٣٠/ اتفاقيـــة امتياز كهرباء عمان " يحق للحكومة شراء المشروع خلال مدة الامتياز "

- التكييف القانوني للشراء : عادة ما تطلق الاتفاقيات على حق الإدارة في إنـــهاء الامتياز أثناء تنفيذ العقد اصطلاح الشراء ، وأن كنا نرى إن هذا الحق في إنهاء الامتياز ليس شراء بالمعنى الفني والذي يقتضي قيام عقد بيع حقيقي يقوم علـــى التراضي بين طرفي العقد ، في حين أن الشراء المقصود به في هذه الحالة يتـم بموجب قرار إداري صادر بالإرادة المنفردة وليس بموجب عقد .

بناءً على ما تقدم ، فإن الشراء هو حق الإدارة في إنهاء الامتياز قبل نهايتـــه المقررة له ، و بمعنى آخر هو ممارسة الإدارة لسلطتها فـــي اســـترداد الامتيـــاز . ويعتبر الشراء استرداداً تعاقدياً يرد النص صراحة عليه في العقد الذي ينظم كيفيـــة مباشرته، وإجراءاته والآثار المترتبة عليه.

الفرع الثاني
شروط شراء المشروع

تتطلب اتفاقيات الامتياز العديد من الشروط والإجراءات التي يجـــب علـــى الإدارة المتعاقدة احترامها قبل إصدار قرار الشراء ويمكن إجمال هذه الشروط بمـــا يلي :

١.يجب أن ينص صراحة في الاتفاقية على حق الإدارة في شراء المشـــروع (أي استرداده) ، ولكن إذا لم ينص على حق الإدارة في الشراء ، فإن ذلك لا يعنـــي ان الإدارة لا تملك حق إنهاء عقد الامتياز ،بل تستطيع ممارسة حقها الأصيـــل في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة .

٢. يجب أن يتم الشراء بعد انقضاء المدة التي قد ينص عقد الامتياز على عدم جواز الشراء خلالها ، فقد تتطلب بعض اتفاقيات الامتياز مرور مدة معينه يحق بعدها للإدارة شراء المشروع ، وقبل انقضاء المدة المنصوص عليها في اتفاقية الامتياز لا تملك الإدارة شراء المشروع ، وأن كان بإمكانها استعمال سلطتها بفسخ العقد إذا ارتكب الملتزم اخلالاً جسيماً بالتزاماته التعاقدية [1].

وبالنسبة لاتفاقيات الامتياز التي لا ينص فيها على مدة معينه يتم خلالها شراء المشروع، فإن الإدارة تستطيع شراؤه في أي وقت وفقاً لتقديرها المطلق[2].

٣.يتعين صدور قرار الشراء من السلطة المختصة به ، وهي تلك السلطة التي تحددها اتفاقيات الامتياز وهي عادة الحكومة (مجلس الوزراء أو الوزير المختص)

٤.يجب على الإدارة أن تخطر الملتزم مسبقاً – وخلال المدة المحددة في الاتفاقية – برغبتها في شراء المشروع ، ويجب على الإدارة احترام هذا الشرط الجوهري ، نظراً لأهميته المزدوجة لكل من الملتزم والإدارة مانحة الامتياز .

فمن ناحية ، فإن هذا الإخطار يساعد الملتزم على ترتيب أوضاعه وحتى لا يفاجأ الملتزم بإصدار قرار الشراء وله أن يستعد لذلك مما يؤثر على أحواله ومصالحه .

ومن ناحية أخرى ، فإن الإخطار يسمح للإدارة المتعاقدة ويعطيها الوقت الكافي لتأمين الاستمرار المنتظم للمرفق ، والإعداد لطريقة جديدة لإدارة المرفق محل الامتياز الذي سوف يتم شراؤه .

---

(1) خطار ، مرجع سابق، ص ٨٢.

(2) خطار ، مرجع سابق، ص ٨٢.

الفرع الثالث
آثار الشراء

يترتب على صدور قرار الشراء للمشروع المستوفي للشروط والإجـــراءات القانونية الآثار التالية :

- انقضاء عقد الامتياز وعودة المرفق محل الامتياز للسلطة مانحة الامتياز ، ممـــا يستوجب اختيار الطريقة المناسبة لإدارة المرفق، ولذلك فإن الملتزم يتحرر مـــن التزامه بإدارة المرفق العام محل الامتياز، ويتعين عليه رفـــع يـده عـــن إدارة المرفق من تاريخ صدور قرار الشراء ، فإذا استمر الملتزم في استغلال المرفـق في تاريخ لاحق على صدور قرار الشراء ، فإنه يجب على الملـــتزم أن يـرد للإدارة المانحة الامتياز الأرباح التي حققها بعد تاريخ الشراء .
- يجب أن يتناول الشراء – كقاعدة عامة– المرفق العام محل الامتياز بأكملـه ، إلا إذا كانت إمكانية الشراء الجزئي منصوصا عليها صراحة في اتفاقية الامتيـــاز [١]، فإذا لم يرد نص صريح يجيز للإدارة الشراء الجزئي ، فإنه يجب في هـــذه الحالة ان يكون الشراء شاملاً للمرفق بأكمله .
- إذا قررت الإدارة مانحة الامتياز شراء المشروع وقامت باسترداده ، فإنه قد يثار التساؤل عن مدى مسئولية الإدارة مانحة الامتياز عن الالتزامات التي يتحملـــها الملتزم في مواجهة الغير ؟

يختلف الوضع في هذه الحالة فيما إذا كان عقد الامتياز قد نظم هذا الموضوع أم لا .

([١]) ورد النص على حق الشراء الجزئي في المادة ١٤ / اتفاقية البترول (يحق للحكومة شراء المشروع او أي جزء منه خلال مدة الإمتياز.

فإذا نظم العقد مصير هذه الالتزامات فيجب التقيد بهذا النص واحترامه، أمـــا إذا لم ينظم العقد هذه المسألة ، فالأصل أن تؤول إليها جميع التزامات الملتزم التـــي كان ملتزما بها مع الغير ، ويؤدي إليها جميع الحقوق التي يتمتع بها تجاه الغير .

- وأخيراً ، يترتب على صدور قرار الشراء ، عودة المرفـــق العـــام لـــلإدارة المتعاقدة حق الملتزم في التعويض الكامل عما لحقه من خسارة ، وما فاته مـــن حسب من جراء عملية الاسترداد وقد تنظم اتفاقيات الامتيـــاز شـــروط وقواعـــد تحديد قيمة للتعويض ، ففي مثل هذه الحالـــة يجـــب التقيـــد بـــهذه النصـــوص واحترامها حتى ولو تضمنت الابتعاد قليلاً أو كثيراً عن مبدأ التعويض الكامل .

الفصل الثالث

الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد الإداري

الفصل الثالث
الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد الإداري

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بصورتيها – لخطأ المتعاقد الجسيم أو دون خطأ منه – ليست سلطة مطلقة ، بل هي سلطة تقديرية خاضعة لرقابة القضاء ،حيث يراقب القاضي المختص مدى مشروعية ممارسة الإدارة لهذه السلطة، ويتأكد من مدى توافر الشروط الواجب الالتزام بها من جانب الإدارة لممارسة هذه السلطة، و متى ثبت للقاضي عدم مشروعية تصرف الإدارة بشأنها ، تحركت سلطاته الرقابية في هذه الحالة ، تلك التي تختلف في القضاء الفرنسي – وفقا لما سنعرض له لاحقاً – بحسب نوع وطبيعة العقد الإداري الذي تم إنهاؤه .

وتوازن الرقابة القضائية سلطة الإدارة الواسعة في هذا المجال ، و تمثل ضمانه فعاله واكيده للمتعاقد ضد تعسف الإدارة و مخالفتها للقانون.

وسوف نتناول الأحكام الخاصة والمميزه للرقابة القضائية على قرار الإدارة في إنهاء العقد الإداري في مبحثين، نحدد في أولهما الجهة القضائية المختصة بممارسة الرقابة القضائية ، وندرس في ثانيهما نطاق الرقابة القضائية وتحديد سلطات القاضي في مواجهة قرار الإنهاء غير المشروع .

المبحث الأول
تحديد الجهة القضائية المختصة
بممارسة الرقابة القضائية

يختص القضاء الإداري وحده في فرنسا ومصر بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ؛ باعتباره صاحب الولاية العامة في النظر في منازعات العقود ، أما في الأردن فقد بقي اختصاص النظر بمنازعات العقود الإدارية خاضعا للمحاكم العادية .

وتعد مسألة الاختصاص من النظام العام، ولذلك لا يستطيع أطراف العقد الإداري أن يخرجوا عليه بنص في العقد [١].

وفي القضاء الإداري يعترف المشرع للأفراد بدعويين هما :

أولا : دعوى القضاء الكامل ، وهي ما يسمى في المجال التعاقدي بدعوى العقد .

ثانيا : دعوى الإلغاء ، وتسمى بدعوى تجاوز حدود السلطة .

ومن المتفق عليه في القضاء و الفقه الإداري[٢] ، أن دعوى القضاء الكامل هي الوسيلة القضائية الوحيدة التي يملكها أطراف أي عقد إداري للطعن في أي قرار أو أي إجراء متعلق بالعقد الذي يربطهم ، ولا يجوز لأي متعاقد مع الإدارة – كقاعدة عامة –أن يلجأ إلى دعوى الإلغاء للطعن في أي قرار أو إجراء متعلق بالعقد الذي يربطه الطرف الآخر .

أما بالنسبة للغير الأجنبي عن العقد ، فالأصل أنه شخص غريب عن العلاقة العقدية الناشئة بين الإدارة والمتعاقد معها ، والذي لا يعتبر هذا الغير طرفاً فيه

---

(١) اسماعيل ، مرجع سابق ، ص ٩٩.

(٢) العطار ، فؤاد ، القضاء الإداري ، ص ٦٤٥.

ولذلك فإنه لا يجوز طبقاً لمبدأ الأثر النسبي للعقود أن يتمسك بأي حق أو أن يتحمل أي التزام استناداً إلى العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها .

ومع ذلك فإن القضاء الإداري قد قبل دعاوى الغير أمام قاضي الإلغاء استثناءً ، على اعتبار أن قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري قراراً إدارياً قابلاً للإنفصال عن العملية العقدية بالنسبة للغير .

في ضوء ما تقدم ، نرى أنه تجب التفرقة بصدد الحديث حول تحديد الجهة القضائية المختصة بممارسة الرقابة القضائية بين المنازعات التي تنشأ عن العقد و يقتصر نطاقها على المتعاقدين ، وتلك التي تتصل بالغير باعتباره أجنبيا عن العقد.

لذلك ، سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تحديد الجهة القضائية المختصة بممارسة الرقابة القضائية في حالة الطعن من جانب المتعاقد ، وندرس في المطلب الثاني حالة الطعن من جانب الغير.

المطلب الأول

الطعن من جانب المتعاقد

الفرع الأول

في التنظيم القضائي المقارن

(الفرنسي والمصري)

استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر ، على أنه يجب على المتعاقد أن يقيم دعواه بصدد أي قرار تصدره جهة الإدارة متعلقا بتنفيذ العقد أو إنهائه أمام قاضي العقد ، ذلك أن دعوى العقد هي الوسيلة الوحيدة التي يملكها أطرافُ أي عقد إداري للطعن في العقد الذي يربطه بالمتعاقد الآخر .

وهذا ما تؤيده أحكام القضاء الإداري – المقارن- الصادرة في هذا الشأن، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن " قرارات الإدارة بفسخ العقود الإدارية يجب الطعن فيها أمام قاضي العقد بمقتضى دعوى العقد من جانب المتعاقدين مع الإدارة، ولا يجوز الطعن في هذه القرارات أمام قاضي الإلغاء بمقتضى دعوى الإلغاء [1]"

كما قضى مجلس الدولة المصري بأنه " متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو انقضائه فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء [2]"

وهكذا ، فإن قاضي العقد دون قاضي الألغاء هو المختص وحده كقاعدة عامة بالفصل في المنازعات العقدية التي تنشأ بين أطراف العقد الإداري ، أي بين الإدارة والمتعاقد معها .

---

(1) السيد ، مرجع سابق ، ص ١٢٢.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم ١٥٨ ، السنة العاشرة ، الصادر في ١٩٥٦/١١/١٨ ، ص ١٣٦.

ويرجع عدم قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من المتعاقد أمام قاضي الإلغاء ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري إلى أن المتعاقد يملك دعوى أخرى موازية، أو طريق طعن مواز أمام قاضي العقد ، فضلا عن أن قرار إنهاء العقد الإداري لا يعتبر قراراً منفصلاً عن العقد بالنسبة للمتعاقد، ولذلك لا يمكن أن يكون هذا القرار محلا لدعوى الإلغاء من جانب المتعاقد .

ومع ذلك ، فإن هذه القاعدة ، قد وردت بشأنها عدة استثناءآت هامة ، أجاز فيها مجلس الدولة الفرنسي – بخصوص عقود معينه – للمتعاقد أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء بمقتضى دعوى الإلغاء للطعن في قرار الإدارة بإنهاء العقد ، وليس إلى قاضي العقد بمقتضى دعوى العقد .

-**الاستثناء الأول** : قرار الإدارة بإنهاء عقد الوظيفة العامة بالنسبة للعمال المتعاقدين .

أجاز القضاء الفرنسي للعمال المتعاقدين الذين تربطهم بالإدارة عقوداً إدارية أن يرفعوا دعوى الإلغاء ضد قرارات الإدارة التي تنهي وظائفهم – وتتخذ شكل العزل أو الفصل –لتجاوز الإدارة لسلطتها في هذا الشأن .

- **الاستثناء الثاني** : قرار الإدارة بفسخ عقد اشتراك التليفون.

كما أجاز مجلس الدولة الفرنسي للمتعاقدين مع الإدارة في عقود اشتراك التليفون إن يطعنوا بمقتضى دعوى الإلغاء، وليست دعوى العقد في قرار الإدارة بفسخ عقد اشتراك التليفون كجزاء على مخالفة المتعاقد لالتزاماته المفروضة عليه .

- **الاستثناء الثالث** : قرار الإدارة إنهاء مجموعة من العقود الإدارية في مرسوم لائحي واحد .

لقد خرج مجلس الدولة الفرنسي على القاعدة السابقة في حكمه الصادر في ١٩٥٨/٥/٢ حيث قبل مجلس الدولة دعوى الإلغاء المقامة من المتعاقد أمام قاضي الإلغاء ضد قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي لمجموعة من العقود الإداريه التي اتخذت شكل مرسوم لائحي .

وجدير بالذكر ، انه في الفروض السابقة ، والتي يعطي فيها للمتعاقد مع الإدارة- استثناء - الحق في رفع دعواه أمام قاضي الإلغاء ، فإن المتعاقد لا يستطيع إلا أن يطالب بإلغاء القرار ودون أن يكون له المطالبة بالتعويض، ومن ثم وجب عليه اللجوء إلى دعوى العقد إمام قاضي العقد إذا أراد طلب الحكم بالتعويض [1] .

وتجدر الإشارة إلى أن التفرقة بين دعوى الإلغاء ودعوى العقد غير مجدية أمام القضاء المصري ، ذلك أن النتيجة في الحالتين واحدة ، حيث يتمتع قاضي العقد في مصر بسلطات واسعة تشمل إلغاء قرار الإدارة والتعويض عنه ، على خلاف الوضع أمام القضاء الفرنسي، حيث لا يملك قاضي العقد سلطة إلغاء قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري ، إلا استثناءً وبصدد عقود معينه سنعرض لها لاحقاً .

الفرع الثاني
في التنظيم القضائي الأردني

إذا كانت منازعات العقود الإدارية في فرنسا ومصر ،هي منازعات إدارية تختص بها محاكم القضاء الإداري بنظرها والفصل فيها ، فإن المشرع الأردني لم

---

(١) السيد ، مرجع سابق ، صفحة ٣٧٩ .

يمنح محكمة العدل العليا ، وفي جميع القوانين المتعلقة بها صلاحية الفصل في هذه المنازعات القضائية ، وآية ذلك أن اختصاص محكمة العدل العليا حدد على سبيل الحصر وبذا تعد المحاكم العادية هي صاحبة الولاية العامة بالنظر في جميع المنازعات القضائية التي لا تختص بها محكمة العدل العليا ، والتي من بينها منازعات العقود الإدارية [١].

وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا في العديد من أحكامها ، حيث قضت ، أن "الدعوى التي تنصب على الطعن من ناحيته التعاقدية لا من ناحيته الإدارية لا تدخل في اختصاص محكمة العدل العليا ن بل يعود أمر النظر فيها إلى المحاكم المدنية [٢]"

كما قضت في حكم آخر أن " صلاحيه القضاء الاداري تنحصر بالنظر في الطعون المقدمة ضد القرارات التي يصدرها الموظفون العاملون استناداً إلى سلطاتهم المستمدة من القوانين والأنظمة ، أما القرارات التي تصدر عن تنفيذ شروط التعاقد ، فتدخل في نطاق العقد ، وتكون محلاً للطعن أمام القضاء العادي، إذ أن القرارات الأولى إنما تصدر من جانب واحد طبقا للنصوص العامة التي تبيح إصدارها بمعزل عن الرابطة التعاقدية [٣] "

وقضت في حكم آخر " لا تختص محكمة العدل العليا بنظر الطعن في العقود الإدارية [٤]"

كما أكدت محكمة العدل العليا هذا المبدأ في حكم آخر لها حيث قررت، إن "صلاحية محكمة العدل العليا تنحصر في الطعون المقدمة ضد القرارات الإدارية

(١) خطار ، دراسات ، مرجع سابق ، ص ١٠٩.

(٢) عدل عليا رقم ٥٤/٤٦ ، مجلة نقابة المحاميين الأردنيين لسنة ١٩٥٤ ، ص ٦٨٤.

(٣) عدل عليا رقم ٥٥/٦٩، مجلة نقابة المحاميين الأردنيين لسنة ١٩٥٦ ، ص ٦.

(٤) عدل عليا رقم ٨٢/٦ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٨٢ ، عدد (٧) ص ٩٥٦.

التي تصدرها الإدارة استناداً إلى سلطاتهم المستمدة من القوانين والأنظمة، اما القرارات التي تصدرها تنفيذاً لشروط العقد ، فإنها تدخل في نطاق العقود ، وتكون محلاً للطعن في القضاء العادي [1]" .

وإذا كانت محكمة العدل العليا لا تختص بالنظر في الطعون الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية ، فإنها – كما سبق أن ذكرنا[2] – مختصة بطعون إلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العملية العقدية ، وهي القرارات التي تصدر عن الإدارة في المرحلة التمهيدية للتعاقد ، كوضع الإدارة لشرط المناقصة ، أو المزايدة ، وقرارات لجنة فحص العطاء ، وقرارات لجنة البت ، وقرارات إحالة العطاء .... فهي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد ، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء لأي سبب من اسباب الغاء القرارات الإدارية .

ومن هنا يثار تساؤل مهم فيما إذا كان قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري قراراً إدارياً منفصلا عن العملية العقدية وبالتالي قابلاً للطعن بالإلغاء لدى محكمة العدل العليا ، أم لا ؟

و بالرجوع إلى الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة العدل العليا ، نجد أنها تؤكد أن القرار الإداري بفسخ أو إلغاء العقد الإداري لا يعتبر قراراً إدارياً قابلاً للانفصال عن العملية العقدية ، بناءً على ذلك ، فإنها لا تختص بالنظر في طعون إلغاء هذه الطائفة من القرارات ، بل يعود أمر النظر فيها لقاضي العقد (القضاء العادي) فقد قضت محكمة العدل العليا أن "المنازعات الخاصة بصحة العقود أو فسخها أو الغائها هي منازعات حقوقية من اختصاص المحاكم العادية[3]"

---

(1) عدل عليا رقم ٧٨/٢٢ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٨ ، عدد (٢) ص ١٤٩.

(2) انظر ص ٣٢ من هذا البحث

(3) عدل عليا رقم ٨١/٦٩ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٨١ ، عدد (١٢) ، ص ٢٠١٨.

كما قضت في حكم آخر "لا تختص محكمة العدل العليا بنظر الطعن بقرار القائد العام للقوات المسلحة بفسخ العقد استناداً لشروط العقد المبرم [1]"

كما قضت أيضا" تختص المحاكم الحقوقية بالنظر في النزاع الناشئ عن قيام القائد العام بفسخ قرار إرساءِ المناقصةِ بعد انقضاء العقد [2]"

وقضت " لا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في دعوى إلغاء العمل التعاقدي الإدارة [3]"

كما قضت في حكم آخر لها " إذا تولى القائد العام الفسخ بناء على شروط العقد المبرم فيما بينه وبين الشركة المستدعية ، فيكون تصرفه هذا مستنداً إلى عقد وليس قراراً إدارياً صادراً عن سلطةٍ عامةٍ، بما لها من صلاحياتٍ قانونيةٍ ، ولا يخضع مثل هذا الإجراء للطعن لدى محكمة العدل العليا[4]"

كما قضت محكمة العدل العليا بأنه " وحيث أن القرار الأول المطعون به المتضمن فسخ العقد قد صدر عن مجلس الوزراء استناداً إلى الشرط الوارد في العقد الذي يجيز له إلغاء العقد إذا تبين له أن المستدعيين لم يقوموا بإحياء (٧٥%) من القسم المؤجر إليهم ، فإن النزاع القائم بين الفرقاء بالنسبة لما ذكر هو في الحقيقة نزاع مدني يدخل منطقة العقد ، وقد انعقد إجماع الفقه والقضاء على أن المنازعة الخاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه أو فسخه أو إلغائه هي منازعةٌ حقوقية تختص بنظرها المحاكم العادية[5] "

كما أكدت محكمة التمييز الحقوقية ، أن قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري ليس قراراً إدارياً قابلاً للطعن بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا ، ولكنه تصرف عقدي يخضع لاختصاص المحاكم العادية ، فقد قررت محكمة التمييز ، "أن فسخ

---

(١) عدل عليا ٧٧/١٠٧ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٨ ، عدد (٣) ، ص ٩٥٣.

(٢) عدل عليا ٧٧/٢٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٧ ، عدد (٦،٥) ، ص ٦٤٢.

(٣) عدل عليا ٧٧/٨٤ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٠ ، عدد (١) ، ص ٤٨.

(٤) عدل عليا ٧٧/١٠٦، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٨، عدد (٨) ، ص ٩٥٣.

(٥) عدل عليا ٧٩/٤٠٠، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٨٠ ، عدد (٣) ، ص ٢٧٥.

العطاء من قبل البلدية ، ومنع المتعهد من تنفيذه عن ابرام اتفاقية تنفيذ التعـــهد هـو فسخ للعقد ذاته ، والفسخ بهذه الحالة هو تصرف عقدي ، وتختص محكمـــة البدايـــة بالنظر لما ينشأ من التزامات كلا الطرفين وعليه ، فلا يرد الدفع المثار مـــن قبـل البلدية بان فسخ العطاء هو قرار إداري يخضع للطعن أمام محكمة العدل العليا[1] "

ومن وجهة نظرنا ، فإنه تجب التفرقة لتحديد القضاء المختص بـــالنظر فـــي طعون القرارات الإدارية الصادرة بفسخ العقد أو إلغائه في حالتين :

- **الحالة الأولى** : صدور قرار الفسخ استناداً لشروط العقد :

ففي هذه الحالة يعتبر قرار الفسخ تصرف عقدي ، ويكون قاضي العقد هو المختص .

- **الحالة الثانية** : صدور قرار الفسخ استنادا إلى نصوص تشريعية و تنظيميـــة:

فإنه يعتبر في هذه الحالة قراراً إدارياً بلا منازع ، يخضـــع الطعن به بالإلغاء لدى محكمة العدل العليا .

نخلص مما تقدم ، إن القضاء المختص بممارسة الرقابـــة القضائيـــة علـــى ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري هو القضاء العادي ، وحبذا لو أن المشرع الأردني يمنح محكمة العدل العليا الصلاحية الشاملة بـــالنظر فـــي جميـــع المنازعات الإدارية (ولاية القضاء الكامل) بما فيها منازعات العقـــود الإداريـــة على غرار الوضع في القضاء الفرنسي والمصري .

المطلب الثاني
الطعن من جانب الغير
الأجنبي عن العقد

مما لا شك فيه أن الغير الأجنبي الخارج عن دائرة العقد الإداري والـــذي لا يكون طرفاً فيه ، لا يكون له أن يطعن في قرارات الإدارة الصادرة ضد المتعـــاقد

([1]) تمييز حقوق رقم ٢٣٩ / ٨٧ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، ١٩٩٠ ، عدد (١) ، ص ٨٨.

معها ، والتي تتعلق بتنفيذ أو إنهاء هذا العقد أمام قاضي العقد المختص بمقتضى دعوى القضاء الكامل .

ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذا الغير الأجنبي يعتبر شخصا غريبا عن العلاقات العقدية الناشئة بين الإدارة والمتعاقد معها نتيجة العقد المبرم بينهما ، والذي لا يعتبر هذا الغير طرفاً فيه ، ولذلك فإنه لا يستطيع التمسك بأي حق أو يتحمل أي التزام استناداً إلى هذا العقد بمقتضى دعوى العقد أمام قاضي العقد .

أما بالنسبة لمنح الغير الحق في رفع دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء ، فإن الأحكام السابقة لا تطبق بذات المنطق ولذلك سنعرض فيما يلي لموقف كلاً من القضاء الفرنسي ، المصري ، و أخيراً الأردني .

أولا : موقف القضاء الفرنسي

مرّ قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد في مرحلتين أساسيتين

- المرحلة الأولى : عدم قبول دعوى الإلغاء من الغير .

قضى مجلس الدولة الفرنسي في بداية قضائه بأنه ليس للغير أن يطعنوا أمام قاضي الإلغاء في أي قرار متعلق بتنفيذ العقد أو إنهائه ، وليس لهم حق إلا أن يدخلوا في الدعوى المرفوعة من المتعاقد أمام قاضي العقد [1].

كما قضى مجلس الدولة كذلك بأن الغير – يمكنهم عند اللزوم ان يقيموا دعوى القضاء الكامل غير التعاقدي من أجل الحصول على تعويض من الإدارة عن الضرر الذي أحدثه له قرار صادر منها يتعلق بتنفيذ أو نهاية العقد الذي يربطها بالمتعاقد .

- المرحلة الثانية : قبول دعوى الإلغاء من الغير

ظل الغير الأجنبي عن العقد ولمدة طويلة من الزمن وأسوةً بأطراف العقد لا يستطيعوا أن يطعنوا بواسطة دعوى الإلغاء في التدابير المرتبطة بتنفيذ العقد، ولم يكن ممكناً لهم إلا أن يتدخلوا في الدعوى القضائية المرفوعة أصلاً من أطراف

---

(1) الهويدي ، مرجع سابق، ص ٢٤ ، السيد ، مرجع سابق ، ص ٥٥٦.

وهكذا ، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر قبول الطعن الموجه من الغير الأجنبي عن العقد ضد قرار الإدارة بفسخ العقد ، أو ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد لدواعي المصلحة .

- أما بالنسبة لموقف الفقه الفرنسي من جواز قبول دعوى الإلغاء من جانب الغير ضد قرار الإنهاء : -

تعرضت فكرة قبول الإلغاء من جانب الغير أمام قاضي الإلغاء للنقد الشديد من جانب الفقه الفرنسي، لما يترتب على ذلك من تناقض يتمثل في قبول دعوى الإلغاء من الغير مع إمكانية حصوله على حكم بالإلغاء في حين أن المتعاقد نفسه لا يُقبل منه إقامة دعوى الإلغاء ضد قرار إنهاء العقد نظراً لأنه يملك طريق طعن موازي أمام قاضي العقد ، فضلاً عن أن هذا المتعاقد لا يستطيع من حيث المبدأ أن يحصل على إلغاء هذا القرار أمام قاضي العقد ، لأن قاضي العقد لا يملك سلطة إلغاء قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه في مواجهة المتعاقد ، حتى لو كانت هذه القرارات غير مشروعة ، أو ليس لها ما يبررها .

فوفقاً لهذا المسلك القضائي ، فإن الغير يكون في وضع افضل من وضع المتعاقد نفسه ، حيث يتمتع بحماية قضائية لا تتوافر للثاني .

وقد اختلفت اقتراحات الفقه الفرنسي من أجل حل هذا التناقض[1] ، فقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه من الأفضل إغلاق الطعن أمام الغير ضد قرار إنهاء العقد الإداري، في حين تذهب غالبية الفقه إلى أنه من الأفضل لتجنب الالتواءات القانونية والقضائية ، التسليم صراحة في جميع الأحوال لقاضي العقد بسلطة إلغاء القرار المطعون فيه ، وأنه من الأفضل إعطاء الحق صراحةً للجميع (المتعاقدين والغير) في الطعن في قرارات الإدارة أمام قاضي العقد مع منحه سلطة الإلغاء .

---

(1) مشار إلى هذه الآراء في رسالة الهويدي ، مرجع الساق، ص ٢٦١.

وكما هو الحال بالنسبة للطعن المرفوع – استثناءً – من المتعاقد أمام قاضي الإلغاء – كما ذكرنا – فإن الغير لا يستطيع عندما يطعن في قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ أو إنهاء العقد أمام قاضي الإلغاء ، إلا أن يتمسك بأوجه المشروعية فقط بالنسبة لقرار الإدارة ، ولذلك فإن هذا الغير أسوة بالمتعاقد . لا يستطيع ان يتمسك أمام قاضي الإلغاء بالدفوع المنبثقة عن مخالفة شروط العقد ، كما لا يستطيع كذلك أن يطلب شيئا آخر خلاف إلغاء القرار المطعون به ، حيث لا يستطيع أن يطلب من قاضي الإلغاء الحكم له بالتعويض ، أو بأي طلبٍ آخر خلافاً لإلغاء القرار.

ثانيا : موقف القضاء المصري

بالرجوع إلى أحكام القضاء المصري نجد أنه تجب التفرقة بين المنازعات التي تنشأ عن العقد ويقتصر نطاقها على المتعاقدين ، وتلك التي تتصل بالغير باعتباره أجنبيا عن العقد .

ففي الحالة الأولى ، أي بالنسبة إلى المنازعات التي تقوم بين المتعاقدين وتنشأ عن العقد سواء كان متعلقاً بإبرام العقد أو صحته أو انقضائه أو تصفيته يكون الاختصاص في شأنها – كما سبق ان ذكرنا – لقاضي العقد بمقتضى دعوى القضاء الكامل .

أما الحالة الثانية ، أي بالنسبة لغير المتعاقدين ، فيكون له الطعن في القرارات السابقة على للعقد والتي أدت إلى إبرامه ، فهذه القرارات منفصلة عن العقد وغاية الأمر أنها تؤدي إلى تكوينه ، ومن ثم يقبل الطعن لها بالغائه لدى قاضي الإلغاء ، وذلك في حدود المواعيد والشروط المقررة لدعوى الإلغاء[1]
وبناء عليه ، يقبل القضاء المصري الطعن المقدم من جانب الغير أمام قاضي الإلغاء على اعتبار أنها قرارات منفصلة عن العقد الإداري .

---

(1) العطار ، مرجع سابق ، ص ٦٤٧.

ثالثا : موقف القضاء الأردني

بالرجوع إلى الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة العدل العليا ، نجد أنها تقر بفكرة القرارات القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية ، وتعتبرها قرارات إدارية قابلة للطعن بالإلغاء لديها، وهذه القرارات هي القرارات الصادرة في المرحلة التمهيدية للعقد الإداري .

أما فيما يتعلق بالطعون المقدمة من الغير بشأن قرار الإدارة الصادرة بفسخ العقد الإداري ، فإنه لا توجد أحكاما قضائية صريحة بهذا الشأن.

ونرى ، أنه لا يوجد ما يمنع من قبول مثل هذه الطعون المقدمة من الغير، فهذه القرارات منفصلة عن العقد بالنسبة للغير ومن ثم يجب قبول الطعن بها لدى محكمة العدل العليا (قاضي الإلغاء) وإلغائها إذا شابها عيب من عيوب عدم المشروعية .

المبحث الثاني

نطاق الرقابة القضائية

وسلطات القاضي فيها

المطلب الأول

نطاق الرقابة القضائية

يختلف نطاق الرقابة القضائية التي يمارسها قاضي العقد – في القضاء المقارن – على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم، عن نطاق الرقابة التي يمارسها هذا القاضي على قرار الإدارة بالإنهاء لدواعي المصلحة العامة .

وسوف نتناول بالدراسة نطاق هذه الرقابة في كلتا الحالتين ، وعليه ، فإننا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، نوضح في أولهما نطاق الرقابة القضائية على قرار الإدارة بفسخ العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم وندرس في ثانيهما نطاق هذه الرقابة على قرار الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ المتعاقد – أي لدواعي المصلحة العامة .

الفرع الأول
نطاق الرقابة القضائية على قرار الفسخ لخطأ المتعاقد

سوف نتناول رقابة قاضي العقد على قرار الإدارة بفسخ العقد الإداري لخطأ المتعاقد من زاوية المشروعية – من حيث عناصر الاختصاص أو الشكل أو مخالفة القانون أو التعسف في استعمال السلطة .

كما نتناول هذه الرقابة من ناحية الملائمة ، أي رقابة البواعث التي حدت بالإدارة إلى فسخ العقد ، ومدى تناسب جزاء الفسخ مع جسامة الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد

أولا : رقابة المشروعية

يعتبر قرار الإدارة غير مشروع – طبقا لقضاء مجلس الدولة – إذا شابه عيب من عيوب عدم المشروعية ، وهي عيب الشكل، وعيب عدم الاختصاص ، وعيب مخالفة القانون ، وعيب إساءة استعمال السلطة .

١– عيب الشكل :

يقصد بعيب الشكل عدم التزام جهة الإدارة بالقواعد الشكلية والإجرائية التي يحددها القانون أو العقد، ومثال ذلك قرار الفسخ غير المسبوق بالأعذار ، وقرار الفسخ الصادر دون تصديق من سلطة أعلى متى كان ذلك مطلوباً [١] مع ملاحظة أن بعض الأشكال تكون مقررة أحياناً لمصلحة الإدارة وحدها ، وفي هذه الحالة لا يستطيع المتعاقد أن يشكو من عدم مراعاة الإدارة لاتخاذ هذه الأشكال[٢].

٢–عيب عدم الاختصاص :

إذا نص القانون أو العقد على صدور قرار الفسخ من قبل سلطة معينه أو من قبل شخص معين ، فيجب صدورها عنه ، و إلا كان القرار معيباً وغير

([١]) فياض ، عبد السجيد ، مرجع سابق ، ص ١٠٢.

([٢]) السيد، مرجع سابق ، ص ١٣٨.

مشروع ، ولذلك فإن قاضي العقد يقوم بالتحقق مما إذا كانت السلطة التي فسخت العقد هي السلطة المختصة بالفعل بالفسخ ، والا اعتبر الفسخ غير مشروع ، وهذا ما أكدته محكمة التمييز حيث قضت . " وحيث أن فسخ العطاء الذي أحيل على المميز ضده لم يصدر عن القائد العام ، وإنما صدر عن مساعده فإن الفسخ يكون غير قانوني " [1]

٣-عيب مخالفة القانون :

يجب أن يكون قرار الفسخ تطبيقاً صحيحاً للنصوص القانونية أو العقدية، وبطبيعة الحال، إذا لم توجد الواقعة التي تثيرها الإدارة لفسخ العقد ، أو كانت هذه الواقعة لا تشكل بحد ذاتها خطأ تعاقدياً ، أو كانت هذه الواقعة التزاماً مفروضاً على المتعاقد، أو لم يلتزم هذا القرار القواعد القانونية ، فإن الفسخ يكون مخالفاً للقانون .

٤-عيب الانحراف في استعمال السلطة :

يجب أن يصدر قرار الفسخ من أجل هدف مشروع ، وهو معاقبة المتعاقد عن أخطائه الجسيمة ، وإلا انطوى هذا القرار أو أخفى انحرافاً حقيقياً بالسلطة التي تملكها الإدارة .

وتطبيقاً لذلك [2]، قضى مجلس الدولة الفرنسي باعتبار قرار الإدارة بإسقاط الامتياز غير مشروع لكونه مشوبا بالتعسف من جانب الإدارة في استعمال السلطة في حالة عدم اتخاذ الإدارة قرار الإسقاط إلا من اجل استبعاد الملتزم وإبرام عقد جديد مع شخص آخر غيره .

ثانيا : رقابة الملاءمة

لا تقتصر رقابة قاضي العقد في حالة فسخ الإدارة العقد بإرادتها المنفردة لخطأ المتعاقد الجسيم على الوجود المادي لأسباب الفسخ ،بل يتجاوز ذلك إلى قياس مدى تناسب قرار الفسخ مع خطورة الأسباب التي دعت لاتخاذه .

---

(1) تمييز حقوق رقم ٧٥/٨، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٥، ص ١٢٠٥ .

(2) السيد، مرجع سابق ، ص ١٣٩.

وبناءً على ذلك ، لا يكتفي قاضي العقد بالتحقق مما إذا كان المتعاقد قد ارتكب بالفعل مخالفةً لالتزاماته ، بل يقدر مدى تناسب فسخ العقد بخطورة المخالفة التي عوقب عنها المتعاقد .

ويملك القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى خطورة وجسامة المخالفات المنسوبة للمتعاقد وفيما إذا كانت هذه المخالفات كافيةً بحد ذاتها لتبرير فسخ العقد[1] ، ومن ثم فهو يقرر عدم صحة الفسخ إذا كانت الوقائع المنسوبة للمتعاقد ليست على درجة من الخطورة تبرر الفسخ [2].

وإذا ما تبين للقاضي ، وهو يقدر جسامة المخالفات المنسوبة للمتعاقد أن خطأ المتعاقد كله أو جزء منه يرجع إلى خطأ الاداره فإنه يستطيع أن يحول الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد ، إلى فسخ بسيط، بمعنى آخر ، يعفيه من النتائج المالية الباهظة المترتبة على إبرام عقود جديدة لإتمام تنفيذ أعمال العقد المفسوخ .

الفرع الثاني
نطاق الرقابة القضائية على
قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة .

يقتصر نطاق الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ، ودون خطأ من المتعاقد على زاوية المشروعية ، ولا يدخل فيها زاوية الملاءمة .

فرقابة القضاء تقتصر على التحقق من جدية السبب الذي استهدفته الإدارة، ولكنه لا يملك التصدي لبحث مدى ملائمة إنهاء العقد للسبب الذي قام عليه الإنهاء [3].

---

(1) الهويدي ، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

(2) فياض ، عبد المجيد ، مرجع سابق، ص ١٠٤.

(3) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٧٧٦.

وبناءً على ذلك ، فإن رقابة قاضي العقد تقتصر في مجال الرقابة على قرار إنهاء العقد لدواعي المصلحة للتحقق فيما إذا كانت قد قررت إنهاء العقد لدواعي المصلحة دون ان يكون لهذا القاضي سلطة تقديرية فيما إذا كان العقد قد أصبح بالفعل غير مفيد للمرفق العام [١] .

وبعبارة أكثر وضوحاً فإن القاضي لا يملك رقابة التكييف القانوني للوقائع، بمعنى أنه لا يستطيع التحقق مما إذا كان الإنهاء مؤسساً على المصلحة العامة من عدمه طالما أن الأسباب المبررة للإنهاء غير منصوصٍ عليها في العقد .

لذلك ، فإن القاضي لا يملك شيئا قبل السلطة التقديرية للإدارة ، إذ لا يستطيع حينئذ مناقشة أسباب الإنهاء ولا بواعثه ، ولا يستطيع أن يقدر مدى فائدة العقد للمرفق ، وذلك مرجعه إلى قاعدة مستقرة في القانون الإداري هي "عدم جواز تدخل القضاء في إعمال الإدارة بإصدار أوامر إليها[٢]" .

---

(١) السيد، مرجع سابق ، ص ٥٦٨.

(٢) عياد ، مرجع سابق، ص ٢٧١.

المطلب الثاني

سلطات القاضي في مواجهة

قرار الإنهاء غير المشروع

تتفاوت سلطات قاضي العقد في فرنسا إزاء قرار الإدارة غير المشروع والمتعلق بالإنهاء ، تبعاً لاختلاف نوع العقد ، بحيث تشمل هذه السلطات كل من سلطتي الإلغاء ومنح التعويض فيما يتعلق بعقود امتياز المرافق العامة ، في حين أنها تقتصر في بقية العقود الأخرى على منح التعويض فقط دون الإلغاء .

وهذا بخلاف الوضع في مصر ، حيث يتمتع قاضي العقد بسلطات واسعة في مواجهة قرارات الإدارة المتعلقة بإنهاء العقد الإداري بحيث تشمل سلطتي الإلغاء والتعويض في كافة العقود الإدارية دون استثناء .

وفي ضوء ما تقدم ، فإننا سوف نقوم بدراسة مدى سلطات القاضي في مواجهة قرار الإنهاء غير المشروع في كل من القضاء الفرنسي، والمصري ، ثم نعرض لموقف الفقه الإداري من موقف القضاء .

الفرع الأول

موقف القضاء من سلطات القاضي

في مواجهة قرار الإنهاء غير المشروع

أولا : موقف القضاء الفرنسي

استقر القضاء الإداري الفرنسي – كقاعدة عامة – وفي أحكامه المتواترة إلى انه " لا يحق لقاضي العقد أن يقضي بإلغاء القرار الصادر من جهة الإدارة، وأن عدم المشروعية المنسوبة إلى هذا القرار لا يمكن في أي حال أن يثبت لصاحب الشأن إلا الحق في التعويض عن الضرر الذي أحدثه هذا القرار"[1]

([1])السيد ، مرجع سابق ، ص ٢٨٠.

وهكذا ، فإنه وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي ، فإن القاعدة العامة هي أن" قاضي العقد يملك سلطة الحكم بالتعويض للمتعاقد دون أن يكون له الحكم بإلغاء قرارات الإدارة بالإنهاء للعقود الإدارية المختلفة ".

وبالرغم من هذا المبدأ القضائي المستقر في جميع الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي ، فإنه لم يذكر في أي حكم من أحكامه أي سبب أو أي مبرر يعلل هذا المبدأ القضائي الخطير الذي يحصن قرارات الإدارة بإنهاء العقد الإداري من قبل سلطة الإلغاء ، والذي يحرم من ناحية أخرى المتعاقد من ضمانة هامة لحماية مصالحهم وحقوقهم ضد قرارات الإدارة بإنهاء العقد .

ولقد خرج مجلس الدولة الفرنسي على هذه القاعدة بالنسبة لعقود التزام المرافق العامة ، لاعتبارات خاصة تفرض ضرورة حماية الملتزمين في هذه العقود ضد قرارات الإدارة بإنهاء عقودهم ، حيث يملك قاضي العقد في مواجهة قرار الإنهاء غير المشروع ، سلطتي الإلغاء والتعويض . وبالطبع فإن قرارات الإدارة التي تهدف إنهاء عقد امتياز المرفق العام تأخذه أما صورة إسقاط الامتياز أو شكل استرداد الامتياز .

ثانيا : موقف القضاء المصري

الاتجاه الغالب في أحكام مجلس الدولة المصري هو التسوية بين جميع العقود الإدارية بالنسبة لسلطات القضاء ، فمن حق القضاء عند النظر في المنازعة أن يحكم بالتعويض إذا كان قرار الإدارة بإنهاء العقد غير مشروع ، ومن حقه أيضا أن يحكم بإلغاء القرار أو الإجراء المتخذ إذا لم يمس سير المرفق العام نفسه[١] .

وبناء على ذلك ، فإن سلطات القاضي الإداري في مصر تشمل إلغاء قرار الإنهاء غير المشروع والتعويض عنه[٢]، وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الإداري بإلغاء قرار الإدارة بفسخ عقد التوريد لعدم صحة الأسباب التي استند إليها [٣].

---

(١) حلمي ، محمود ، مرجع سابق، ص ١٥٢.

(٢)عياد، مرجع سابق،ص٣٦٥ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٦٧/٥/٢١ ، مجموعة الأحكام ، ص ٦٥٢.

الفرع الثاني

موقف الفقه من مبدأ القضاء الفرنسي

انقسم الفقه الفرنسي بشأن قاعدة عدم جواز الإلغاء بالنسبة للعقود الإدارية، والاستثناء الخاص بجواز الإلغاء بالنسبة لعقود ا لتزام المرافق العامة إلى اتجاهين متعارضين [١].

- الاتجاه الأول : الفقه المؤيد لموقف القضاء الفرنسي

ذهب جانب من الفقه إلى تأييد موقف القضاء الفرنسي في كلتا الحالتين ، سواء في القاعدة أو الاستثناء ، وقد اختلفت التبريرات التي قال بها الفقه المؤيد لهذه القاعدة والاستثناء الوارد عليها.

- فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تبرير سلطة قاضي العقد في إلغاء قرارات الإدارة بإنهاء عقد التزام المرفق العام يكمن بصفة عامة في فكرة ان الملتزم الذي انفق منذ بداية تنفيذ العقد استثمارات مالية كبيرة على إعداد وتهيئة المرفق محل الامتياز وعلى استغلاله، والتي سوف يقوم باستهلاكها خلال فترة طويلة يجب أن يحصل على ضمانات وحقوق اكثر استقراراً وأمناً من الضمانات والحقوق الممنوحة للمقاول العادي أو المورد .

- وذهب جانب آخر من الفقه في تبريره لقاعدة عدم قابلية القرارات الصادرة من الإدارة أثناء تنفيذ العقد – بما فيها قرار إنهاء العقد الإداري – للإلغاء من جانب قاضي العقد ، إن هذا الموقف ليس إلا امتدادا طبيعيا لسلطة التنفيذ المباشر التي تملكها الإدارة .

- وذهب جانب أخر إلى أن مجلس الدولة يمتنع عن رقابة قرار الإدارة بفسخ العقد لسبب مزدوج فمن ناحية ، تملك السلطة العامة سلطة تقديرية من أجل فسخ

---

(١) مشار إلى هذه الأراء بالتفصيل في مؤلف السيد، مرجع سابق، ص ٢٩٠-٣١٨.

العقد ، ومن ناحية أخرى ، فإنه يجب على القاضي أن يمتنع عن توجيه أوامـــر إلى الإدارة .

- ويبرر جانب من الفقه قاعدة عدم جواز قرار فسخ العقد بأن القــاضي الإداري لا يستطيع ان يتدخل في إدارة المرفق .

- بينما يرى جانب آخر أن عدم الاعتراف بسلطة الإلغاء ترجع إلى عدم ملاءمـــة ذلك .

- و يتساءل جانب من الفقه المؤيد لهذه القاعدة عن ماهية النتائج التي يمكـــن ان تترتب على إلغاء الفسخ المعيب للعقد ؟ ويجيب على ذلك بأن تنفيذ العقد لا يمكن أن يستمر رغما عن إرادة الإدارة ، وفي النهاية ، فإن كل التزام بعمـــل علـــى عاتق الإدارة يحل في حالة عدم التنفيذ في صورة تعويضات .

- **الاتجاه الثاني : الفقه المعارض لموقف القضاء الفرنسي**

١.موقف الفقه الفرنسي

تعرضت القاعدة التقليدية السابقة التي استقر عليها مجلس الدولـــة الفرنســـي للنقد الشديد من جانب غالبية الفقه الفرنسي :

– فقد انتقد جانب من الفقه التفرقة التي أقامها مجلس الدولة حيث قرر انـــه مـــن الواضح العديد من عقود الالتزام لا تحتاج من الملتزم إلى استثمارات كبـــيرة، فـــي حين أن عقود الأشغال والتوريدات الضخمة تتطلب من متعاقديها هذه الاســتثمارات الكبيرة .

- كما ذهب جانب آخر إلى أنه من الأفضل لمجلس الدولة أن يعدل على القضــــاء القديم المنتقد من جانب الفقه ، وأن يقر بصفة عامة لقاضي القضــاء الكـــامل – قاضي العقد – بسلطة إلغاء تدبير فسخ العقد في جميع الحالات .

٢. موقف الفقه المصري

ولقد انتقد جانب من الفقه المصري التفرقة السابقة التي اقامها مجلس الدولة فـــي شأن سلطات الإلغاء بين عقد الالتزام من ناحية وبين العقود الإدارية الأخرى – كالأشغال العامة والتوريد – من ناحية أخرى .

- فقد قرر الدكتور سليمان الطماوي إلى أنه " ... ولعل تمييز مجلس الدولة الفرنسي بين عقد الالتزام من ناحية وعقد الأشغال من ناحية أخرى يرجع إلى ضخامة الأموال التي تنفق في حالة عقد الالتزام ، وإلى أن عقد الالتزام يخول الملتزم سلطات خاصة فيما يتعلق بالمرفق لعام تجعله جديرا بالرعاية ، ولكن الواقع أن الاعتبارات السابقة قد تصدق على المقاول في عقد الأشغال العامة ، فمن يتقدم لإنشاء كوبرى على النيل أو سد ضخم ، أو توليد الكهرباء من سد مقام فعلا لا يقل من حيث درجة صلته بالمرفق العام أو الصالح العام عند ملتزم توريد المياه والنور ، ولذلك فإننا نعتقد أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي السابق أن هو إلا مرحلة من مراحل تطوره .. ونحن لا نحبذ التفرقة التي يسير عليها مجلس الدولة الفرنسي في التمييز بين عقد الامتياز وسائر العقود ونفضل التسوية بين جميع العقود في هذا الصدد[١]..."

- كما ذهب الدكتور عبد المجيد فياض إلى القول : " ويبدو لنا أن مبدأ مجلس الدولة الفرنسي الخاص بجواز الغاء الجزاءات الفاسخة بواسطة قاضي العقد بالنسبة لعقد الامتياز لا تتسم بالعدالة و يقيم تفرقة لا مبرر لها....[٢]"

- كما قرر الدكتور إبراهيم الفياض انضمامه إلى الرأي السابق للدكتور الطماوي وأضاف إلى ذلك قوله " القرار الصادر بالفسخ قد يكون غير مستند إلى سبب صحيح ، أو أن سببه ينم عن انحراف بالسلطة ، أو أن مصدره تغي غايات شخصية ، ومن جهة أخرى لا يعدو أن يكون قراراً إدارياً وهو الأمر الذي يجعله في وضع مماثل للقرارات الإدارية الأخرى التي يحق للقاضي إلغاءها إذا شابها عيب من عيوب المشروعية[٣] ".

ومن جانبنا نرى أن موقف القضاء الفرنسي معيب ومنتقد ،ونرى أنه تجب التسوية بين جميع العقود الإدارية بصدد سلطات القاضي في مواجهة قرار الإنهاء غير المشروع ،ومنحه سلطتي الإلغاء والتعويض في هذا المجال.

---

(١) الطماوي ، مرجع سابق، ص ٥٤٩.

(٢) فياض ، عبد المجيد ، مرجع سابق، ص ١١٧.

(٣) الفياض ، ابراهيم ، مرجع سابق، ص ٢٢٨ – ٢٢٩.

وبعد ذلك، انتقلنا إلى الفصل الأول و الذي خصصناه لدراسة الصورة الأولــى لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ألا وهي سلطة الإدارة في إنهاء العقــد الإداري لخطــأ المتعاقد الجسيم، وقسمناه إلى مبحثين :

تناولنا في المبحث الأول القواعد العامة التي تحكم سلطة الإدارة في فسخ العقــد الإداري بصفة عامة ،وقد عرضنا لدراسة هذه السلطة من حيث التعريــف بــها وبيــان طبيعتها القانونية، وشروط ممارستها ، وأخيراً بيان الآثار القانونية المترتبة على ممارسة سلطة فسخ العقد الإداري .

فمن حيث التعريف بها و طبيعتها القانونية ، خلصنا إلى أن ســلطة الإدارة فــي الفسخ بالإرادة المنفردة تعتبر من النظام العام ، وإلى أن حق الإدارة في توقيــع جــزاء الفسخ هو حق يتقرر لصالح الإدارة في جميع الأحوال وبقوة القانون حتى لــو لــم يكــن منصوصاً عليه صراحة في العقد أو في دفاتر الشروط .

وقد عرضنا لموقف القضاء الأردني بشأن الطبيعة القانونية للفسخ بــإرادة الإدارة المنفردة ، وخلصنا إلى أن القضاء النظامي الأردنــي – باعتبــاره المختــص بــالفصل بمنازعات العقود الإدارية – لا يعترف للإدارة بحق توقيع الفسخ بإرادتها المنفردة فــي حال عدم وجود نص صريح في أي عقد أو في القانون يمنحها هذا الحق .

كما تناولنا شروط ممارسة سلطة الإدارة في الفسخ بإرادتها المنفردة وذكرنــا أن الإدارة وأن كانت تتمتع بصلاحية تقديرية واسعة في توقيع سلطة الفسخ ، لكنها فــي نفس الوقت مقيدة بعدة قيود وضوابط للمحافظة على حقوق المتعاقد وحمايته من تعســف الإدارة في ممارسة هذه السلطة، فالإدارة لا تملك توقيع جزاء الفسخ إلا إذا كان الخطــأ المنسوب للمتعاقد جسيما لم تُجدِ في مواجهته الجزاءات الأخرى ، وتستقل الإدارة بتقديــر مدى جسامة أخطاء ومخالفات المتعاقد معها تحت رقابة القضاء ،كما أن الإدارة ملزمــة بأعذار المتعاقد معها قبل الفسخ عليه.

كما عرضنا لأهم الآثار القانونية المترتبة على الفسخ الإرادي ، تلك الآثار التــي تتفاوت قساوتها بحسب نوع الفسخ ، فيما إذا كان الفسخ بسيطا ، أو فسخ علــى حســاب ومسئولية المتعاقد، و قد عرضنا لأهم الآثار العامة والمشتركة بين كلا النوعين من عقود الإدارة ، كما عرضنا لأهم الآثار الخاصة بكل نوع من نوعي الفسخ .

وبعد ذلك انتقلنا إلى المبحث الثاني والذي خصصناه لدراسة ســلطة الإدارة فــي إنهاء عقود امتياز المرافق العامة بصورة خاصة ،وهو ما يطلق عليه إسقاط الامتيــاز .

حيث لا تملك الإدارة – في فرنسا – في تلك الطائفة من العقود حق تقرير الفسخ (أو الإسقاط) بإرادتها المنفردة ، بل لا بد من اللجوء إلى قاضي العقد للحكم به إلا إذا احتفظت الإدارة لنفسها بمقتضى نص صريح في العقد أو في دفاتر الشروط . وقد عرضنا لدراسة إسقاط الامتياز من حيث التعريف به وشروط ممارسته وأخيراً الآثار القانونية المترتبة عليه ، و قد عرضنا لموقف القضاء المصري والأردني من إسقاط الامتياز ، وقد خلصنا إلى أن ضرورة صدور الإسقاط من قاضي العقد معمول به في القضاء الفرنسي فقط دون المصري والأردني ، ولذلك وجب اللجوء إلى القاعدة العامة في هذا الصدد والتي تمنح الإدارة سلطة إنهاء عقد امتياز المرافق العامة بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى اللجوء إلى قاضي العقد للحكم به.

أما الفصل الثاني ، فقد خصصناه لدراسة الصورة الثانية لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، إلا وهي سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة وبدون صدور خطأ المتعاقد وقد قسمناه إلى مبحثين :

المبحث الأول : وقد عرضنا فيه لدراسة القواعد العامة لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي ، من حيث مدى وجودها ، وأساسها القانوني ، وشروط ممارستها و إقرار حق المتعاقد بالتعويض المالي عن إنهاء عقده .

وقد خلصنا إلى أن للإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة في جميع الأحوال ، حتى لو لم يرد نص صريح في العقد الإداري أو القانون يعطي الإدارة صراحة الحق في ممارسة هذه السلطة .

وقد اتضح لنا من دراستنا السابقة أن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي تعتبر سلطة مستقلة قائمة بذاتها وليست – كما يرى البعض – صورة من صور التعديل الانفرادي للعقد الإداري .

كما أن الأساس القانوني لهذه السلطة – في نظرنا – هو أساس مزدوج فكرة الصالح العام من ناحية ، وفكرة السلطة العامة من ناحية أخرى.

كما اتضح لنا أن القضاء الإداري قد أقر للإدارة بالحق في ممارسة هذه السلطة بالنسبة لجميع العقود الإدارية إلا أنه لم يجعل سلطتها مطلقة في هذا الشأن بل قيد ممارستها بعده شروط و ضوابط تكفل عدم إساءة الإدارة لاستعمالها وذلك على النحو التالي :

- يشترط القضاء الإداري أن تمارس الإدارة سلطتها في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري من أجل تحقيق الصالح العام، أو مصلحة المرفق العام الذي يرتكز عليه هذا العقد.

- كما يشترط القضاء الإداري كذلك أن تراعي الإدارة عند ممارسة سلطتها في الإنهاء الانفرادي للعقد جميع الشروط اللازمة لصحة الأعمال المبنية على سلطة تقديرية وذلك بان يصدر قرار إنهاء العقد من السلطة المختصة بذلك ، وفقا للأشكال والإجراءات المقررة في هذا الشأن والا كان قرار الإدارة بإنهاء العقد قرارا معيبا وغير مشروع .

كما اتضح لنا من دراستنا ان القضاء الإداري قد عمل على تحقيق التوازن بين سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري ، وبين المصالح المالية للمتعاقد ، وذلك من خلال إقرار مبدأ التعويض الكامل لهذا المتعاقد عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب . وبالطبع فإن ذلك يعتبر ضمانه هامة للمتعاقد تضمن له التعويض الكامل عن ممارسة الإدارة لهذه السلطة في مواجهته رغم عدم ارتكابه لأي خطأ في تنفيذ عقده .

وبعد ذلك انتقلنا إلى المبحث الثاني والذي خصصناه لدراسة حق الإدارة في استرداد الامتياز في مجال عقد الامتياز، و قد عرضنا لدراسته من حيث تحديد ماهيته وعرض صوره ، ولقد اتضح لنا من دراستنا ا لسابقة أن استرداد الإمتياز ليس إلا تطبيقاً خاصاً في سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري في مجال عقد الامتياز ، وإنها تخضع للأحكام العامة المقررة في هذا المجال ، ولكنها مع ذلك تخضع لبعض الأحكام والخاصة بها والتي عرضنا لدراستها في محلها.

أما الفصل الثالث والأخير ، قد خصصناه لدراسة الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري بصورتيها – السابق ذكرهما أعلاه – باعتبارها ضمانه أكيدة وفعالة لحماية حقوق المتعاقد في مواجهة سلطة الإدارة الخطيرة في هذا المجال . وقد قسمناه إلى مبحثين :

المبحث الأول : وعرضنا فيه لتحديد الجهة القضائية المختصة بممارسة الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد ، وخلصنا إلى أنه تجب التفرقة بين المنازعات التي تنشأ بين المتعاقدين ، وتلك التي تتصل بالغير باعتباره أجنبيا عن العقد .

ففي الحالة الأولى : أي بالنسبة للمنازعات التي تقوم بين المتعاقدين وتنشأ عن العقد يكون الاختصاص بشأنه لقاضي العقد (القضاء الكامل) .

- يشترط القضاء الإداري أن تمارس الإدارة سلطتها في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري من أجل تحقيق الصالح العام، أو مصلحة المرفق العام الذي يرتكز عليه هذا العقد.
- كما يشترط القضاء الإداري كذلك أن تراعي الإدارة عند ممارسة سلطتها في الإنهاء الانفرادي للعقد جميع الشروط اللازمة لصحة الأعمال المبنية على سلطة تقديرية وذلك بان يصدر قرار إنهاء العقد من السلطة المختصة بذلك ، وفقا للأشكال والإجراءات المقررة في هذا الشأن وإلا كان قرار الإدارة بإنهاء العقد قرارا معيبا وغير مشروع .

كما اتضح لنا من دراستنا ان القضاء الإداري قد عمل على تحقيق التوازن بين سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري ، وبين المصالح المالية للمتعاقد ، وذلك من خلال إقرار مبدأ التعويض الكامل لهذا المتعاقد عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب . وبالطبع فإن ذلك يعتبر ضمانه هامة للمتعاقد تضمن له التعويض الكامل عن ممارسة الإدارة لهذه السلطة في مواجهته رغم عدم ارتكابه لأي خطأ في تنفيذ عقده .

وبعد ذلك انتقلنا إلى المبحث الثاني والذي خصصناه لدراسة حق الإدارة في استرداد الامتياز في مجال عقد الامتياز، و قد عرضنا لدراسته من حيث تحديد ماهيته وعرض صوره ، ولقد اتضح لنا من دراستنا ا لسابقة أن استرداد الامتياز ليس إلا تطبيقاً خاصاً في سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري في مجال عقد الامتياز ، وإنها تخضع للأحكام العامة المقررة في هذا المجال ، ولكنها مع ذلك تخضع لبعض الأحكام والخاصة بها و التي عرضنا لدراستها في محلها.

أما الفصل الثالث والأخير ، فقد خصصناه لدراسة الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري بصورتيها – السابق ذكرهما أعلاه – باعتبارها ضمانه أكيدة وفعالة لحماية حقوق المتعاقد في مواجهة سلطة الإدارة الخطيرة في هذا المجال . وقد قسمناه إلى مبحثين :

المبحث الأول : وعرضنا فيه لتحديد الجهة القضائية المختصة بممارسة الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد ، وخلصنا إلى أنه تجب التفرقة بين المنازعات التي تنشأ بين المتعاقدين ، وتلك التي تتصل بالغير باعتباره أجنبيا عن العقد .
ففي الحالة الأولى : أي بالنسبة للمنازعات التي تقوم بين المتعاقدين وتنشأ عن العقد يكون الاختصاص بشأنه لقاضي العقد (القضاء الكامل) .

أما الحالة الثانية : أي بالنسبة للغير الأجنبي عن العقد فيكون له الطعن بقـرارات إنـهاء العقد الإداري أمام قاضي الإلغاء باعتباره قرارا منفصلا عن العقد الإداري بالنسبة للغـير الأجنبي عن العقد .

أما المبحث الثاني ، فقد خصصناه لدراسة نطاق الرقابـة القضائيـة وسـلطات القاضي فيها.

وفي مجال الرقابة القضائية ، فقد فرقنا في ذلك بين نطاق الرقابة القضائية التـي يمارسها القضاء على قرار الإنهاء لخطا المتعاقد ، أو تلك التي يمارسها علـى قـرار الإنهاء بدون خطأ المتعاقد ففي الحالة الأولى ، تشمل رقابة القضاء على قرار الإنهاء من زاويتين المشروعية والملاءمة ، في حين تقتصر في الحالة الثانية على رقابة الملاءمـة دون المشروعية .

كما عرضنا لسلطات القاضي في مواجهة قرار الإنهاء غير المشروع في كل مـن القضاء الفرنسي والمصري وذكرنا ان سلطات قاضي العقد في فرنسـا تتفـاوت تبعـا لاختلاف نوع العقد ، بحيث تشمل هذه السلطات كل من سلطتي الإلغاء والتعويض فيمـا يتعلق بعقود امتياز المرافق العامة ، في حين أنها تقتصر في بقية العقود الإدارية الأخرى على منح التعويض فقط دون الإلغاء . على خلاف الوضع في القضاء المصري ، حيـث يتمتع قاضي العقد بسلطات واسعة إزاء قرار الإنهاء غير المشروع تشمل سلطتي الإلغاء والتعويض بصدد كافة العقود الإدارية دون استثناء .

وقد خلصنا إلى أن موقف القضاء الفرنسي في هذا الشأن موقف معيب ومنتقد فلا بد من التسوية بين جميع العقود الإدارية بصدد سلطات القاضي في مواجهة قرار الإنـهاء غير المشروع ومنحه السلطات واسعة في هذا المجال تشمل سلطتي الإلغاء والتعويض .

وفي بحثنا هذا ، وبالرجوع إلى موقف القضاء الأردني ، تبين لنا أنه لا يوجـد في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية مبادئ قانونية تحكم العقود الإدارية لأنـها ليسـت مختصة بالنظر بالطعون الخاصة به ، ويجب الرجوع إلى أحكام القضاء العادي ، لأنـه المختص بنظر هذه الطعون .

وإذا كان الأمر كذلك ، فإننا نستطيع القول – دون مغالاة – ان المحاكم العادية لـم تعرف القواعد الإدارية والأحكام الخاصة والمميزة للعقود الإدارية والمعترف بـها فـي القضاء المقارن (الفرنسي والمصري) لتحكم العقود الإدارية بل تطبق على عقود الإدارة

القواعد الواردة في التشريعات الخاصة لكل عقود منها ، فإذا لم يكن ثمة تشريعات خاصة طبقت القواعد الواردة في القانون المدني ومنها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على أساس أن القضاء العادي – كما أسلفنا – قضاء تطبيقي مهمته تطبيق قواعد ونصوص القانون المدني المقننة والموجودة مسبقا وليست مهمته ابتداع الحلول وإيجاد النظريات في مجال العقود الإدارية .

وأخيرا ، وفي ضوء ما لمسناه من نقائص وعيوب تعتري نظرية الإنهاء أمام القضاء الأردني ، ومن اجل استكمال هذه النقائص والعيوب نقترح ما يلي :

أولا : وقف سريان وتطبيق القاعدة القانونية السائدة التطبيق الملزمة لكافة الأشخاص القانونية في المجتمع و بصدد كافة المعاملات العقدية في القانون الخاص والمعروفة باسم " العقد شريعة المتعاقدين " ووقف تطبيقها بشأن العقود الإدارية بنفس القدر الذي تسري به قاعدة الإنهاء الإداري الفردي الملزم للعقد الإداري بواسطة الإدارة.

ثانيا : أن الاقتراح الأخير الذي نقدمه من خلال هذه الرسالة والذي هو في حقيقته أمر دعوة للإصلاح للنظام القانوني الإداري العام في دولة الأردن ، وذلك لما لاحظناه وثبت لدينا من نقص في ذلك التنظيم بصفة عامة وفي مجال العقود الإدارية بصفة خاصة ، ويتمثل هذا الاقتراح والنداء في إصدار تشريع متكامل يضم في ركن أساسي من أركانه ، تنظيم قانون العقود الإدارية العامة ابتداء بما تتمتع به الإدارة من سلطات في هذا المجال ومرورا بالضمانات الواجب توفيرها وكفالتها للمتعاقدين معها ، وانتهاء بمنح محكمة العدل العليا اختصاص الفصل في المنازعات والدعاوى الخاصة بالعقود الإدارية .

قائمة المراجع

أولا : الكتب

- اسماعيل، خميس السيد، **الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات ، مع القواعد القانونية و أحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوي الجمعية العمومية بقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض)**، دار الطباعة الحديثة ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤

- بدوي ، ثروت ، **مبادئ القانون الإداري** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٨.

- بركات ، زين العابدين، **الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري والمقارن** ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٧٤.

- توما، شاب منصور ، **القانون الإداري** ،بغداد ، الطبعة الثانية ،١٩٧٥.

- الجرف ، طعيمة ، **القانون الإداري ، دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة**، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهر ١٩٦٣-١٩٦٤.

- حافظ ، محمود ، **نظرية المرافق العامة** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٣ .

- حسن ، عبد الفتاح ، **مبادئ القانون الإداري** ، مكتبة الجلاء الجديدة ، القاهرة ، ١٩٧٩.

- حلمي ،عمر ، **المعيار المميز للعقد الإداري**، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣.

- حلمي ، محمود ، **العقد الإداري**، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٧.

- الحلو، ماجد ، **القانون الإداري** ، دار المطبوعات الجامعية ، القاهرة ،١٩٩٤.

- خطار ، علي ، **القانون الإداري الأردني ، الكتاب الثاني ، النشاط الإداري**، مطبعة الجامعة الأردنية ، عمان ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٦.

- درويش، حسين ، **النظرية العامة للعقود الإدارية ،الجزء الثاني** ، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٨.
- السنهوري ، عبد الرزاق ، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالـــتزام ، الجزء الأول** ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ،١٩٦٤.
- السيد، محمد صلاح، **سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنـــة** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٣.
- الطماوي ، سليمان ، **الأسس العامة للعقود الإداريـــة** ، دار الفكـــر العربـــي، القاهره ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٥.
- الطماوي ، سليمان ، **الوجيز في القانون الإداري** ، الكتـــاب الثـــالث ، **نظريـــة المرافق العامة**، القاهرة ، الطبعة العاشرة ،١٩٧٩.
- عباس ، عبد الهادي ، **العقود الإدارية** ، **الجزء الثاني** ، دار المستقبل ، دمشـــق ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٢ .
- عبد اللطيف ، محمد ، **نظرية التنـــازل فـــي القـــانون الإدراي** ، دار النهضـــة العربية، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٣.
- عبد الهادي ، بشار ، **دراسات وأبحاث في القـــانون الإداري**، دار الفـــرقان ، عمان ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٣.
- عبد الوهاب ، محمد ، **القانون الإداري** ، دار الهدى للمطبوعات ،الاســـكندرية، ١٩٩٥.
- العطار، فؤاد ، **القانون الإداري** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٣.
- الفياض ، ابراهيم طه ، **النظرية العامة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في القـــانون الكويتي والمقارن** ، مكتبة الفلاح ، الكويت، الطبعة الأولى ،١٩٨١.
- كنعان ، نواف ، **القانون الإداري الأردني** ،الكتاب الأول ، عمـــان ، الطبعـــة الأولى ، ١٩٩٣.
- كنعان ، نوّاف ، **القانون الإداري الأردني** ، الكتاب الثاني ، مطابع الدســـتور ، عمان ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٦.

- مهنا، محمد فؤاد ، **القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي ، المجلـــد الثاني** ، دار المعارف ، القاهرة، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٧.
- يسري ، احمد ، **أحكام المبادئ في القضاء الفرنسي ، مترجم إلـــى العربيـــة** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩١.

ثانيا : الرسائل الجامعية

- الحمود ، وضاح محمود ، ١٩٩٢، **المرفق العام كمعيار لتحديد نطاق القـــانون الإداري** ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية، عمان .
- الجمل ، هارون ، ١٩٧٩ ، **النظام القانوني للجـــزاءات فـــي عقـــد الأشـــغال العامة،دراسة مقارنة** ، رسالة دكتوراه ،جامعة عين شمس ، القاهرة .
- الزهيري، رياض عبد عيسى ، ١٩٧٥، **مظـــاهر ســلطة الإدارة فـــي تنفيـــذ مقاولات الأشغال العامة**، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، بغداد .
- عبد المولى ، علي ، ١٩٩١ ، **الظروف التي تطرأ اثناء تنفيذ العقـــد الإداري ، دراسة مقارنة** ، جامعة عين شمس، القاهرة .
- عياد، أحمدعثمان ، ١٩٧٣ ،**مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية** ، رســالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، القاهرة .
- الفحام، علي ، ١٩٧٥، **سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري** ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، القاهرة .
- فياض ، عبد المجيد ، ١٩٧٤ ، **نظرية الجزاءات في العقـــد الإداري، دراســـة مقارنة** ، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، القاهرة .
- النجّار ، زكي ، ١٩٨١ ، **نظرية البطلان فـــي العقـــود الإداريـــة ، دراســـة مقارنة**، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس ، القاهرة .
- الهويدي ، السلاّل، ١٩٩٤ ، **سلطة الإدارة في إنهاء العقـــد الإداري ، دراســـة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحـــدة والـــدول الأجنبيـــة** ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، القاهرة .

- **ثالثا : بحوث في دوريات**

- حسن ، محمود مصطفى ، **المصلحة العامة في القانون التشـــريع الإســـلامي** ، مجلة العلوم الإدارية ، ع (١) ، ١٩٨٣.
- حشيش، عبد الحميد ، **القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة ، الجزء الأول**، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة ،اكتوبر ، ١٩٧٥ ، ص ٤٩٣ –٥٥٥.
- حلمي ، محمود ، **النظام القانوني للقطاعين العام والخــاص** ، مجلــة العلــوم الإدارية ، القاهرة ، العددان الأول والثـاني ١٩٧٥ ، ع (١) ص ٥٩ – ١٣١ ، ع (٢) ص ٩١-١٥٨.
- خطار ، علي ، **عقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في الأردن** ، مؤته للبحــوث والدراسات ، عمان، العدد الخامس، ١٩٩٢ ، ص ١٣-٩٩ .
- درويش ، حسين ، **وسائل تعاقد الإدارة** ، مجلــة العدالــة، الإمــارات العربيــة المتحدة، العدد الثاني عشر ، ١٩٧٦، ص ٢٧-٣٢ .
- درويش ، حسين ، **السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري** ، مجلـــة العدالة ، الإمارات العربية المتحدة ، العدد الثــالث عشــر ، ١٩٧٧، ص ٢٧-٣٥.
- درويش،حسين ، **الغاء العقد الإداري ، فسخه** ، مجلة العدالة، الإمارات العربية المتحدة ، العدد التاسع عشر، ١٩٧٩، ص ٨٩-٩٧.
- صباغ ، مروان ، **قراءة في العقود الإدارية** ، مجلة المحامون ، دمشق ، العــدد العطار ، ١٩٨٣ ، ص ١٠٨٣-١٠٩٤.
- عباس ، عبد الهادي ، **مفهوم الشروط الاستثنائية في العقـــد الإداري** ، مجلـــة المحامون ، دمشق ، العدد الثامن، ١٩٨٢ ، ص ٨٤٠-٨٤٩.
- العطار ، فؤاد ، **وسائل تعاقد الإدارة** ، مجلة مجلس الدولة ، القاهرة ، ١٩٥٥- ص ٢٥١-٣٢٧.
- مهنا ، محمد فؤاد ، **المشروع العام وطبيعته القانونية**، مجلة العلوم الإداريـــة ، القاهرة ، ،العدد الأول ، ١٩٧١ ، ص ٧ – ٧٥.

Abstract

The administration right to cancel administarative contract
(Comparative study)

By

Hind A. M . abu Murad

Supervisor

Ali K. Shattnawy

This thesis has delt with the administration right to cancel Administrative contract , considering this right as one of the important charactieristics in the administrative contracts in contrast with the conlvaocls of the privte law) and as one of the exceptional, extra – ordinery provisions tin the privte law .

The vule of the contract, the law of the contracting parties which prevail the privte vergulation law, don't apply to administrative contracts, if the will of one of the contracting parties wasen't enough to cancel the contract in the privte law-the two parties must be agreed .

The regulation law of the administrative contracts gives the administation , by its own will, the right of canceling the administrative contract , in case that the contracting party breach his duties. A serious breach or even without any breach of his side . if the public interest required – according to the own administrations discretion .

That's because administrative contracts are connected with the public utilities and work on meeting it's essential needs, so we must prefer the public utilities one the private utilities for people , but this do not mean the sacridincing of the right s of the contracting party , his rights must be saved , There for , justice requires keeping the right the controcling party by hid compensating of the rights of the contracting party , has rights in resorting to caurts as one of the certain active guarantees in keeping the right of the party must be saved .

On the basis of the thesis it was clear to us that the administration have the right to cancel the administrative contract with the power of law in all condition, even in the case of the ileuce of the contract , or the unexacting of aprovision in the low that give the adminstration the right of cancel the contract .even of the is a dear provision in the contract forbid the adminstration from practisisng this right , that's because this provision considered illegal and warthless due to its dissenling of the public regulation .

We have put many recommendations out of this thesis , the most important recommend is the ossuinance on the existing of distiradive regulation law for the administrative contracts in general, and in terminding in particular the essential of the administrative contracts, because it is the only administrative disputation in contract with the contract that deal with the administration justice regime court specialized in deterimінating between some of administrative the master of the complete authority .